



DEMANDANTE:	Rosa Irene Velosa Escobar
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503920180058701 039 2018 00587 01

En Bogotá DC, a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Rosa Irene Velosa Escobar** en contra de las recurrentes.

En acatamiento a lo decidido en el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de septiembre de 2023, y comunicado a este despacho mediante correo electrónico del 12 de diciembre de 2023, por medio del cual resolvió:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la accionante.

SEGUNDO: DEJAR sin valor legal ni efecto jurídico la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 28 de enero de 2021 en el proceso judicial que motivó la interposición del presente instrumento de resguardo constitucional.

TERCERO: ORDENAR al Colegiado de instancia encausado que, en un término no superior a diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, expida una sentencia en reemplazo de la señalada, en la que tenga en cuenta los argumentos expuestos en este proveído.”

Y atendiendo a que el fallo en mención fue proferido por el magistrado David A.J. Correa Steer, quien fungió estuvo a cargo del despacho 15 de la Sala Laboral de este Tribunal, en el cual hoy presido, se reasume la competencia en consonancia con el artículo 19 de la Ley 1265 de 1970, y el artículo 7 del Acuerdo 1589 de 2002, para obedecer y cumplir lo ordenado por el Superior, **la Sala profiere, por escrito, la siguiente:**

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad de su afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir; que se declare que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, activar la afiliación de la demandante y recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 5-7, pdf. 039-2018-00587-01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 9 de junio de 1964; estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de septiembre de 1985; se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA el 1 de enero de 1997 con efectividad el 1 de abril de 1997; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Que a agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado mediante comunicación del 12 de septiembre de 2018, sin que a la fecha de radicación de esta demanda hubiera obtenido respuesta (págs. 7-9, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Porvenir SA al contestar aceptó los hechos relativos a la edad, la afiliación a ese fondo, la solicitud que hizo de suministro de documentos y la respuesta emitida; dijo no constarles los hechos referentes a las actuaciones de Colpensiones. Y negó los referentes a la indebida información al momento de traslado, a su vez explicó que la mesada pensional a obtener en el RAIS depende de los aportes y rendimientos que el afiliado genere en su cuenta de ahorro individual, y que la diferencia de ésta en los diferentes regímenes no acredita un vicio del consentimiento; así como que a la fecha de traslado no existía la obligación de entregar cálculos y proyecciones acerca de su futuro pensional.

Para derruir las pretensiones, formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica (pág. 143-154, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, el agotamiento de la reclamación administrativa, y el expediente administrativo suministrado a los demás hechos dijo que no le constan por tratarse de situaciones particulares entre la demandante y la AFP Porvenir.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para enervarlas formuló las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada y genérica (pág. 115-131, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 19 de enero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora ROSA IRENE VELOZA ESCOBAR, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR SA, y con efectividad a partir del 1 de enero de 1997, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que siempre ha estado en el régimen de prima media, como también son ineficaces las demás afiliaciones que se hicieron en el régimen de ahorro individual.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, sin que sea dable deducir suma alguna por seguros que hayan pagado por pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes; todo con destino al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad y que además, reciba los dineros provenientes del fondo PORVENIR S.A.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$1.690.000.

SEXTO: AUTORIZAR a Colpensiones para que inicie las actuaciones administrativas y judiciales que tenga a su cargo, en aras de obtener a su cargo los perjuicios que pudieren causarse de la ineficacia del traslado que aquí se declara.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES.

Juzgó que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, precisó que lo procedente era estudiar la ineficacia y no la nulidad del traslado como lo pretendió la demandante; que era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, para demostrar con suficiencia que le suministró a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS; que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, objetiva y comparada, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, apeló la sentencia en cuanto no se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia porque la demandante no es una afiliada lego; que con los traslados en el mismo RAIS ratificó su intención de permanecer en este régimen; que devuelva los intereses o rendimientos que se generaron en su

cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración; así como la condena en costas.

Colpensiones manifestó que la demandante realizó su traslado libre y voluntario de acuerdo con las solemnidades normativas vigentes para la fecha del traslado; que no cumplía con los beneficios del régimen de transición y por ello no es procedente aceptar su retorno en cualquier tiempo; que se encuentra en la imposibilidad de retorno al RPM; que no agotó la reclamación administrativa sin que cumpliera con el requisito de procedibilidad; además que demostró los vicios del consentimiento para declarar la ineficacia; y que se venció el término para solicitar la nulidad.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Porvenir SA** se mantuvo en las razones del recurso; y señaló que no se aplicó en debida forma la carga dinámica de la prueba, así como el detrimento patrimonial que se impone con la ineficacia del traslado y el enriquecimiento sin causa que se genera a favor de Colpensiones (pdf. 312-313, idem).

La apoderada de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en primera instancia, se refirió a la desproporcionalidad de la carga de la prueba en las AFP, dado el lapso de tiempo que ha transcurrido para demostrar las circunstancias que rodearon el traslado; así como que en caso de confirmarse la decisión, se ordene a la AFP normalizar la afiliación en el SIAFP- y la devolución de aportes con la respectiva entrega del archivo y detalle de aportes realizados durante su permanencia en el RAIS (pág. 305-309, idem).

La parte **demandante** no recorrió el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Rosa Irene Velosa Escobar al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 9 de junio de 1964 (pág. 35-36, ídem); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 30 de septiembre de 1985, hasta el 31 de agosto de 2014 (pág. 39 – 47, ídem); iii) el 15 de noviembre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 15 de enero de 1997 (pág. 71, ídem), con migraciones dentro del mismo régimen a Horizonte, hoy absorbido por Porvenir SA, como se acredita con el certificado de Asofondos (pág. 157-160 ídem) administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1.143 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 73-84 ídem).

Como se evidencia en las páginas 51-52 del expediente digitalizado. la demandante agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, conforme consta en la solicitud elevada por la actora el 12 de septiembre de 2018 radicada bajo el No 2018_11407759, donde en el acápite de pretensiones se solicitó:

1. Se anule el traslado y la afiliación en pensiones de mi poderdante a **PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría, entre ellos la pérdida del régimen del transición, cumpliendo aun así con los requisitos del mismo.
2. Se active la afiliación de **ROSA IRENE VELOSA ESCOBAR**, identificada con cédula de ciudadanía No. **51.775.685**, en el régimen de prima con prestación definida, desde su fecha inicial de afiliación.
3. Se acepte y reciba el traslado de los aportes de **ROSA IRENE VELOSA ESCOBAR**, identificada con cédula de ciudadanía No. **51.775.685**, del régimen de ahorro individual.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural

o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS, inclusive efectuando migraciones en el mismo régimen hacia Horizonte hoy Porvenir SA, y que su vinculación

conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Que deben trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, y que conocía ambos regímenes y por su profesión de abogada no se pueden encuadrar en un afiliado lego; debe decirse que, para exonerar al fondo de su obligación de entregar información clara, completa y comprensible como se ha explicado, no es válido, como lo censura el apoderado de Porvenir SA, y como acertadamente lo desvirtuó la juez de primer grado, que se deba analizar la formación del afiliado, pues el fondo es quien tiene el deber de legal de proveer de todos los pormenores y no de manera sesgada o sólo porque haya algún beneficio que considere le es favorable en el momento del traslado, no con posterioridad, y debe ser veraz, oportuna, completa y precisa: en otras palabras, de ese compromiso no se releva aduciendo que no se trata de un asegurado lego.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia SL4322-2022 en la que hace un recuento de la evolución normativa y jurisprudencial de las obligaciones de la AFP de brindar una información y explica que ese deber existe desde la creación del RAIS, pues su objeto social lo ejecutan en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, de manera que, ella no está condicionada o determinada por el grado de instrucción, conocimientos o experiencia con que cuente el usuario del sistema pensional.

Sumado a que no se encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no recibió la respuesta. Observándose del interrogatorio practicado que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, en cuanto a la inconformidad del fondo con la orden impartida en primera instancia consistente en ordenar a la AFP, devolver a Colpensiones los rendimientos y gastos de administración, se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de

pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Por ello, no solo acertó la juez al ordenar la restitución de los aportes junto con sus rendimientos, sino que en el grado jurisdiccional de consulta, al verificarse que nada se dijo acerca de la devolución de los aportes del seguro previsional – y de los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; se modificará y adicionará para disponer el reembolso de éstos conceptos, y señalar que la actualización de los aportes tendrá lugar en el caso de que la AFP respectiva, no ponga a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados dentro del plazo otorgado para ello.

Así mismo, se adicionará en el sentido de ordenar que las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la

imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. FALTA DE AGOTAMIENTO DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En cuanto a los reparos de la apoderada de Colpensiones, se advierte que fue solo en la sustentación del recurso de apelación que, trajo a colación el presunto incumplimiento por parte de la demandante de la falta de agotamiento de la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad, ante ello la Sala advierte a esta apoderada que de la revisión de la contestación que efectuó Colpensiones, no se observa que se haya propuesto excepción previa alguna, como debió hacerlo de acuerdo a la técnica procesal, para que fuera dilucidada por el Juez de la causa, por ende en este momento procesal resulta a todas luces improcedente.

Adicionalmente, esta petición desatiende lo expuesto por la jurisprudencia reiterada y pacífica que ha señalado que, si la falta de agotamiento de la reclamación no se propone como excepción previa, queda saneada, como en la SL13128-2014, donde se dijo:

'Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

'Y es que la incompetencia del juez laboral, a raíz de la pretermisión de la etapa previa de reclamación del derecho requerido a la entidad pública o social demandada, no escapa al principio de saneamiento de la nulidad proveniente de la falta de competencia recogido en el Código de Procedimiento Civil de 1970, y el cual a su

vez es una de las manifestaciones esenciales del postulado de economía procesal que irradia a dicha rama del derecho y con mucho más razón al procedimiento laboral, dado el carácter social de los derechos que en esta órbita de la jurisdicción ordinaria se discuten, que exige del juez del trabajo un rápido pronunciamiento, para lo cual debe evitar dentro del marco de sus poderes cualquier dilación que obstaculice ese fin. En efecto, si la jurisprudencia tradicional de la Corte ha sostenido que el procedimiento gubernativo o reglamentario es un factor de competencia para el Juez Laboral, lo cual ahora se vuelve a reiterar, no hay razón para que a esta forma especial de ella se le sustraiga de los efectos de saneamiento latente en todas las nulidades que puedan originarse en la falta de competencia, cuando no se hayan alegado como excepción previa, postulado del que solo se exceptúa la falta de competencia funcional.

Así las cosas, y en gracia de discusión, quedó evidenciado en el expediente, que la demandante cumplió con su carga procesal de agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones; por lo que se desestimaré el recurso interpuesto por Colpensiones.

2.8. COSTAS

Respecto a la condena en costas a Porvenir SA, cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 365 del CGP, estas proceden por el solo hecho de resultar vencido en el proceso o en el recurso; de contera, al haberse declarado la ineficacia del traslado del afiliado a Porvenir S.A, hay lugar a imponerlas a cargo de la parte vencida y en favor de la activa, postura que coincide con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la sentencia con el radicado 40993 del 22 de enero de 2013, MP RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se confirmará este punto de la decisión.

2.9. EJERCICIO DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS.

Finalmente en cuanto a la autorización impartida en la sentencia objeto de alzada, a favor de Colpensiones, para que inicie las actuaciones administrativas y judiciales que tengan a su cargo, en aras de obtener la reparación por los perjuicios que pudiera causarle la declaratoria de la ineficacia del traslado, la Sala la revocará dado que contiene una intromisión injustificada en la medida que, el derecho de acción se confiere a la parte que considere lesionados sus derechos es potestativo, por consiguiente, solo si así lo considera, la administradora del RPMPD podrá hacer uso de esta facultad. Aspecto que es totalmente extraño a este proceso.

2.10 DECISIÓN.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se modificará, adicionará, revocará y confirmará.

2.11 COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y de Colpensiones y en favor de la demandante, por resultar vencidos en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 para cada una y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de noviembre de 2019, dentro del proceso promovido por Rosa Irene Velosa Escobar contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; en el sentido de ordenar a Porvenir SA que restituya los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Los aportes solo se indexarán en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo de **–1 mes–** concedido en la sentencia de primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia en cuanto a que **Porvenir SA** deberá cumplir la orden de traslado en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia.

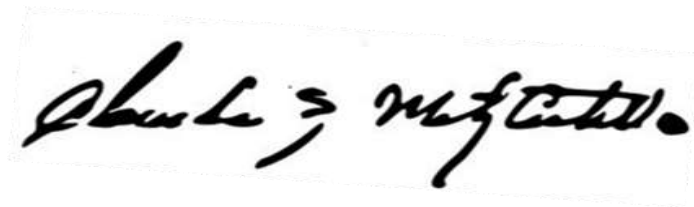
TERCERO: Revocar el numeral sexto de la sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: Confirmar en lo demás la sentencia revisada en apelación y consulta, por los motivos antes expresados.

QUINTO: Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y de Colpensiones y en favor de la demandante, por resultar vencidos en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 para cada una y a favor de la demandante.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkWmPTS5KLtJgLLKk3XYW48gB97esD20xDD1HbV9pBXhWJw?e=TJZpTg



Demandante:	Yolanda Cuesta Montenegro.
Demandado:	Empresa de Transporte del Tercer Milenio, Transmilenio SA; Angelcom SA; CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación.
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma sentencia.
Radicado	11001-31-05-019-2016-00237-01 <u>11001310501920160023701</u>

En Bogotá DC, a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Marceliano Chávez Ávila**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien **actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral de Yolanda Cuesta Montenegro en contra de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio, Transmilenio SA; Angelcom SA y CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Yolanda Cuesta Montenegro accionó contra las empresas Empresa de Transporte del Tercer Milenio, Transmilenio SA; Angelcom SA y CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación, en procura de que se declare que entre la actora y

las empresas Transmilenio SA y Angelcom SA, existió una relación laboral desde el 09 de septiembre de 2003 y hasta el 30 de mayo de 2015, y además, se declare solidariamente responsable a la CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación, por ende, pide que se reconozca y paguen los salarios dejados de percibir, las sumas adeudadas por trabajo suplementario y recargos por dominicales y festivos, así como, al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante el vínculo laboral en ese interregno de tiempo, a la indemnización del artículo 65 del CST y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo servido.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que suscribió un convenio de asociación con la CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación, el 9 de septiembre de 2023; que devengaba un salario mínimo por sus servicios prestados, denominándole como compensación básica mensual; que su actividad a desarrollar fue prestada a Transmilenio SA, como empresa beneficiaria; que recibía órdenes del coordinador de zona, asistente operativo y la gerente de la CTA demandada y empleados de Angelcom SA; que prestó sus servicios en turnos variables en las diferentes estaciones de Transmilenio; que durante el vínculo no le fueron cancelados prestaciones sociales y vacaciones; que el vínculo finalizó el día 30 de mayo de 2015.

1.3 TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida en primera instancia, mediante auto del 17 de junio de 2016, ordenando notificar a las demandadas.

1.4 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación dio contestación a través de curador ad litem, manifestando que no le constan los hechos de la demanda. Se opone a lo pretendido con la demanda. Como excepciones de mérito formula las de cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica (Págs. 280 a 281, pdf. 01, C01).

Angelcom SAS en su escrito de respuesta a la demanda, se opone a lo pretendido con

la demanda; acepta que suscribieron un contrato de concesión con la empresa Transmilenio; que esta no tuvo injerencia en las condiciones pactadas por los asociados con la cooperativa; y que la actora no fue trabajadora de esta compañía. Formula las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y caducidad de la acción, cobro de lo no debido, improcedencia de las pretensiones, buena fe e innominada o genérica (Págs. 293 a 300, pdf. 01, C01).

En este caso, mediante auto del 7 de julio de 2020, se declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia frente a la demandada Transmilenio SA, quedando desvinculada de este proceso.

1.5 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 22 de junio de 2022, decidió:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo y cobro de lo no debido, y no probadas las demás.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandadas ANGELCOM SA y ADETEK CTA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora YOLANDA CUESTA MONTENEGRO, identificada con CC No. 23.622.074, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para arribar a tal conclusión, argumentó lo siguiente:

De la existencia del contrato de trabajo de todo lo analizado, no existe duda para el despacho que efectivamente la demandante ostentó la calidad de trabajador asociada de la CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación y que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de ese ente en desarrollo de su objeto social, la demandante prestó su trabajo personal para Angelcom, pero nunca como trabajadora, dependiente y subordinada, quien en virtud de un contrato de concesión que fue suscrito entre Ángelcom SAS y TRANSMILENIO SA para suministro de apoyo logístico y demás aspectos que ya narramos, es clara, la ley 79 del 1988, al establecer que los trabajadores o usuarios de los servicios son a la vez aportantes y gestores de la cooperativa, carácter este que pretende desconocer la demandante en el caso que nos ocupa, como así lo indicó en su declaración de parte, al señalar que había suscrito un contrato ha tenido indefinido y no sabía cómo era que funcionaba la cooperativa, sin embargo, es posible corroborar que la demandante aceptó su condición de asociada con el material documental obrante en el expediente, esto es la solicitud de asociada que obra en el folio 231, la suscripción del Convenio de Asociación que obra a Folio 234, la firma en anexo número 1, que ella acepta que recibió, leyó y entendió el contenido del manual de inducción de la cooperativa de trabajo Adetek, de la cual iba a ser parte folio 233, mismos que no fueron tachados de falsos. Además fue Adetek quien realizaba los llamados de atención a la que demandante, impartía las recomendaciones por ir en contravía del régimen de trabajo asociado folio 253 a 256, le dio capacitaciones, le realizó autorizaciones para el retiro de su compensación anual o aportes para arreglos locativos, conforme a las diferentes solicitudes que fueron realizadas por la aquí mandante la señora Yolanda cuesta por los 243 a 250 visibles, características que son propias de la cooperativa de trabajo social y de lo cual se puede prever que la demandante tenía el conocimiento de cómo era que funcionaba, lo que demuestra que su vinculación con la cooperativa Adetek fue mediante un Convenio de asociación y que no existe una vinculación laboral con Ángel COM, pues no se encuentra acreditada la subordinación y la dependencia que se requiere.

Del acervo probatorios analizados podemos deducir que la parte actora pues no probó como era el deber, la subordinación jurídica y que acreditara ese carácter laboral de su relación, no desplegó el tipo de actividad probatoria para acreditar la mencionada condición. Por el contrario, todo el material probatorio que milita en el expediente se inclina a establecer cómo se señaló anteriormente, que efectivamente la demandante tuvo la calidad de socia dentro de la CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetek en Liquidación y que en esa calidad de asociada prestó los servicios como auxiliar de estación y taquillera, dado el contrato de apoyo logístico, entre otros aspectos, suscrito entre Angelcom SA y Transmilenio SA, como obra también en el expediente.

Cabe anotar que en el expediente no milita, prueba con base en la cual se pueda concluir en forma incontrastable que entre la demandante y Angelcom SA en la realidad existiera ese contrato de trabajo alegado, pues no se evidencia que la actividad cumplida al servicio de la cooperativa se hubiera ejecutado dentro de un escenario de subordinación laboral respecto a Angelcom, incluso en relación a la CTA Adetek, lo que se puede concluir es una vinculación de la demandante con la cooperativa, donde la primera fungió como trabajadora social en esas condiciones, forzoso resulta concluir que entre la demandante y Ángelcom no existió un contrato de trabajo respecto al cual se pueda ubicar.

1.6 RECURSOS

La parte demandante estuvo inconforme con la absolución de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el despacho de primera instancia no se realizó una debida valoración probatoria. Que, a largo del material probatorio, se demostró que los elementos de trabajo no eran de la Cooperativa, sino de Angelcom, que las ordenes las impartía esta última, y que queda demostrado además con que, una vez terminada la operación de Angelcom, Adetek entró en liquidación, por ende, contrario a lo manifestado por la juez, solicita la revocatoria de la decisión, y que en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presentó sus alegaciones, reiterando lo expuesto en su recurso, y puntualizó:

El contexto en que se dio la relación laboral, es un momento, en el que las empresas que manejaban un número considerable de empleados, como en el caso que nos ocupa, crearon cooperativas de trabajo asociado como la denominada (COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK), con el fin de deformar el modelo cooperativo, para vulnerar derechos laborales de manera sistemática y dolosa, abusando de la necesidad de personas de escasos recursos, como fue el caso de mi representada, la cual se sometió a estas condiciones de tercerización, por la carencia de oportunidades y con el fin de suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

Lamentablemente esta fue la práctica de muchos de los almacenes de cadena, grandes superficies y empresas en general, como se demostró dentro del proceso, las demandadas no fueron la excepción a dichas prácticas violatorias de derechos laborales y de deformación de las normas cooperativas.

ANGELCOM S.A., contrato a mi representada por intermedio de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK, situación que no le era

permitido, toda vez que con esta práctica se desnaturalizo el modelo cooperativo y se vulneraron los derechos de mi representada y de cientos de trabajadores bajo esta modalidad al servicio de ANGELCOM S.A. y bajo la intermediación de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK, la cual fue creada por ANGELCOM S.A., sin tener autonomía y encontrándose bajo la subordinación de esta.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por las partes demandada y demandante, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que el artículo 23 del CST, señala cuáles son los elementos esenciales de este acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.

En esta ocasión la defensa no discrepa de la existencia del primer elemento indicado en la norma, es decir, la prestación personal del servicio que recibió del demandante, sino que la discusión se centró en desconocer que esta fue subordinada y por lo tanto no se

configuró un contrato de trabajo. Sobre este tópico, la Sala de Casación Laboral tiene sentado que, en esencia, la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, por cuanto tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por lo que, se insiste, la dependencia es el factor que distingue uno del otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, *«faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*.

Ahora, la prueba de la subordinación no sigue el principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión, consagrado en el artículo 167 del CGP, pues por excepción, el legislador trasladó al empresario la carga de demostrar que se está ante un contrato verdaderamente autónomo, independiente; eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST *«Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, el presunto empleador, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las normas laborales, *«sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente»* (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que,

bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretenso trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adocinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica - que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la *Litis*, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada."

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden comprobarse por los distintos medios probatorios ordinarios, por cuanto en materia laboral el juez no está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada."

En orden con lo expuesto, tenemos que el reclamo de la demandante manifestado en su demanda consistió en afirmar que se dio una relación de cooperados con la CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación, y que con ésta SE pretende desconocer la existencia un verdadero vínculo empleaticio con la empresa Angelcom SA y la empresa Transmilenio, por consiguiente, debía probar la prestación personal del servicio en favor de esa última demandada, pues «*incumbe a las partes probar el*

supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», (artículo 167 del CGP aplicable por analogía del 145 del CST) para activar la presunción a que se hizo referencia en párrafos anteriores.

Sobre este tema, es preciso recordar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referente a que si bien es cierto a la parte actora le basta con probar en el curso de la litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la parte demandada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado; también lo es, que no queda relevada de otras cargas probatorias, como por ejemplo la demostración de los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se solicita la indemnización respectiva, al respecto ver las Sentencias SL728-2021, SL102-2020, SL447-2019, entre otras; elementos que no aparecen soportados en prueba alguna en este proceso.

Se dice lo anterior porque de las pruebas se extrae lo siguiente:

El representante legal de Angelcom, señor Javier Cortázar Mora, aseguró que esa empresa y la cooperativa Adetek firmaron un convenio comercial en razón a que Angelcom obtuvo la concesión del recaudo de la fase 1 de Transmilenio, ya que Angelcom ofrece servicios de telecomunicaciones, y en desarrollo de éste montó el soporte de recaudo y una vez terminado el objeto de ese contrato, todos esos bienes quedaron en propiedad del distrito, pero no creó la cooperativa Adetek.

Adetek, por intermedio de su representante legal, Sergio Pérez Sarmiento se refirió a los hechos de la demanda, pero no realizó ninguna confesión; así, aceptó el contrato comercial con Angelcom, pero explicó que la CTA llevaba a cabo la operación manual de recaudo en las taquillas y para eso la trabajadora recibió el curso base de cooperativismo, y capacitaciones que esa entidad le brindó, permitiéndole inclusive escoger la jornada de trabajo, la estación en el centro en la que desarrollaba sus labores, y en el día a día los aspectos operativos era el coordinador de zona quien asignaba los turnos como asociada a la CTA, porque el fin de esta última era generar y mantener el puesto de trabajo a sus asociados; igualmente destacó que los elementos empleados en sus actividades no eran de propiedad de Angelcom, sino de Transmilenio.

La demandante en su interrogatorio manifestó que accionó a Angelcom y Adetek por el

pago de las prestaciones y demás acreencias; ingresó el 9 de septiembre del 2003 y la retiraron el 30 de mayo del 2015; dice haber firmado un contrato a término indefinido con Adetek, más no un contrato de trabajo asociado y ningún convenio con Angelcom; explicó que era Adetek quien les pagaba mensualmente la compensación ordinaria o extraordinaria, auxilio de transporte, de alimentación, la afilió al sistema de seguridad social, participó en las asambleas de la cooperativa, y realizaba aportes sociales, pero aduce que lo hacía de forma obligada; afirmó que recibía ordenes de Transmilenio cuando debían cerrar las estaciones por protestas; aceptó que retiró unos dineros para arreglos locativos y compra de vivienda; dijo que presentó renuncia a Adetek en el año 2015, porque la cooperativa no tendría acuerdo con la otra empresa de recaudo.

La declarante María Fernanda Zúñiga quien refirió que conoció a la demandante como ex trabajadora en el sistema Transmilenio; a su vez trabajaba como orientadora, auxiliar de taquillas, llenaba planillas, hacía los pagos e inclusive le hacían aseo a las estaciones, actividades que cumplía en las Estaciones de Transmilenio y Angelcom; recibía órdenes de empleados de Transmilenio, de Angelcom y de Adetek; las capacitaciones las impartían en las instalaciones de Angelcom; que les descontaban los faltantes, y refirió que ellos iban a Angelcom a arreglar lo de los faltantes; que los problemas con tarjetas se reportaban a Angelcom; que laboraba todos los días, con un descanso entre semana; que ni a ella, ni a ninguno de los trabajadores les cancelaron prestaciones sociales; que los pagos se los realizaba Adetek, incluidos los aportes a la seguridad social; que a ella y a todos los obligaban a ir a votar, porque si no les sancionaban.

Se recibió el testimonio de Yazmine Sánchez Rodríguez indicando que Yolanda laboró con Adetek desde septiembre de 2003 a mayo de 2015; asevera que la cooperativa fue creada en el año 2002, manifestó que el cierre de la misma se dio en el primer trimestre de 2016; que Adetek suscribió con Angelcom un convenio cooperativo para el recaudo manual de los dineros por la venta de tarjetas; que los permisos por horas eran solicitados a los coordinadores de la cooperativa, si eran por un tiempo mayor debía solicitarse al líder administrativo de Adetek; que Angelcom no tuvo ninguna injerencia para su ingreso o retiro; que el manejo de los dineros era recolectar y consignar a una fiducia, que si hacían falta de dineros, las capacitadoras llamaban a la persona y con el coordinador respectivo; que los uniformes por seguridad tenían una identificación de Transmilenio y Angelcom; que ella realizaba su labor con una máquina y un teléfono intercomunicador, además, de la BSA para los auxiliares, los cuales, los tenía Adetek en comodato; que la señora Yolanda pasó una carta de renuncia a la Cooperativa; que las compensaciones extraordinarias se generaban por prestación de servicios en horas

adicionales, igual que los domingos y festivos; que recibió capacitaciones en cooperativismo, o para el manejo de personas con discapacidades; que no recibía capacitaciones en las instalaciones de Angelcom; que hicieron varias propuestas de contratos para recaudos; que el manejo de Yolanda era operativo y no era administrativo, por lo que, estuvo en varias zonas del sistema Transmilenio, y trabajó por fuera del sistema en ventas externas.

En concreto, de todo el caudal probatorio se extrae: i) Que la CTA Adetek en Liquidación realizó un acuerdo con la empresa Angelcom, para la prestación de servicios en favor de Transmilenio, esto producto del contrato de concesión, hecho en el que coinciden los representantes legales de Angelcom y Adetek, y respaldado por la declaración de la señora Yazmine Sánchez Rodríguez; ii) Que la señora Cuesta Montenegro firmó convenio de asociación para enrolarse como cooperada en la CTA Adetek, hecho aceptado por la propia demandante, aunque aseguró que no pudo leer la documentación; iii) Quedó demostrado que la demandante ejerció sus labores entre los años 2003 a 2015, hecho que es aceptado por el representante legal de Adetek y la señora Yazmine Sánchez Rodríguez; iv) Que la prestación del servicio era direccionada por los coordinadores y el líder administrativo de Adetek, hecho en el que también coinciden los representantes legales de Angelcom y Adetek; v) Que lo atinente al manejo de la tecnología era administrado por Angelcom; vi) que las sumas de dinero recibidas por sus servicios y el pago de aportes de la seguridad social eran sufragados por la CTA Adetek, hecho aceptado por la misma demandante.

De lo antes expuesto, se puede concluir que la labor encomendada a la CTA Adetek lo era de apoyo logístico al sistema de Transmilenio, específicamente en lo referente al recaudo de valores de tiquetes y compras de tarjetas, la cual, fue contratada por la empresa Angelcom, ejerciendo la primera de estas entidades una relación de cooperantes con la hoy demandante, para el cumplimiento del objeto contractual pactado con la contratante.

Siendo ello así, si bien se evidencia la prestación de un servicio por la señora Cuesta Montenegro, no es menos cierto que su labor no era subordinada ni por Transmilenio, ni por la empresa Angelcom, dado que los horarios, el lugar donde desarrollaría su labor eran impuestos por la CTA, así lo evidencia, por ejemplo, la comunicación fechada noviembre de 2014, donde se le informa su traslado al Portal de la 80 (Pág. 409, pdf. 01, C01); inclusive, las autorizaciones de permisos para ausentarse eran concedidas por los coordinadores o líderes administrativos de la entidad, decisiones en las cuales no

intervinieron ni Transmilenio, ni Angelcom.

Aunado a ello, aceptó la promotora que recibió sumas de dinero de la CTA por ahorros que hacían en la Cooperativa, además que, aceptó que asistía a las asambleas de la entidad, aunque señalaba que, obligada para evitar sanciones, como lo disponía el estatuto de la entidad.

Ahora, si bien se indicó, en la demanda que la señora Cuesta Montenegro recibía todas las capacitaciones por parte de Angelcom, no existe prueba que corrobore esta aseveración, por el contrario, aparece certificado expedido por la institución Acorpe Ltda., del 18 de julio del 2005, desvirtuándose lo señalado por el extremo activo (Pág. 390, pdf. 01, C01).

Finalmente, entre las pruebas arrojadas al proceso, observa la Sala las comunicaciones de julio 28 de 2005, enero 26 de 2007, mayo 13 de 2009 y febrero 26 de 2013, donde la actora pide a Adetek el reconocimiento de compensación anual para compra de vivienda (Pág. 392, 396, 402 y 406, pdf. 01, C01), lo que demuestra la relación directa entre la demandante y Adetek.

Por ende, la Sala concluye que no al no existir la prestación de servicios en favor de las demandadas Angelcom y Transmilenio, no es posible activar la presunción de subordinación respecto de ellas, siendo esta, como dijimos al inicio, el presupuesto determinante, para que sea declarada la existencia del contrato de trabajo con cualquiera de ellas.

3.4 DE LAS COSTAS DEL PROCESO

En relación con las costas, al no aparecer causas, la Sala se abstendrá de imponerlas en los términos del artículo 365 núm. 8 del CGP.

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

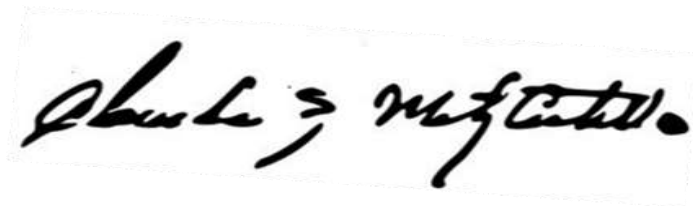
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Yolanda Cuesta Montenegro en contra de Empresa de Transporte del Tercer Milenio, Transmilenio SA; Angelcom SA y CTA Apoyo Desarrollo y Gestión Tecnológica, Adetex en Liquidación, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Relevar a la recurrente de condena en costas en esta instancia, por las razones que se dejaron expresadas.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



Demandante:	Rafael Antonio Ángel Pedraza.
Demandado:	Carmen Rosa Páez de Ubaté.
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Confirma sentencia.
Radicado	11001-31-05-028-2019-00602-01 028 2019 00602 01

En Bogotá DC, a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Marceliano Chávez Ávila**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Rafael Antonio Ángel Pedraza en contra de Carmen Rosa Páez de Ubaté.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Rafael Antonio Ángel Pedraza accionó contra la señora Carmen Rosa Páez de Ubaté, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral del 1° de junio de 2002 al 22 de diciembre de 2016; en consecuencia, se le cancelen las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas, la indemnización por de la Ley 361 de 1997, la indemnización moratoria por falta de pago del artículo 65 del CST e indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo servido. Además, los aportes a la seguridad de todo el tiempo laborado.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que laboró al servicio de la demandada desde el 1 de junio de 2002 y que la demandada lo dio por terminado a partir del 20 de diciembre de 2016, desempeñándose como conductor de taxi. Que durante este periodo prestó sus servicios en un horario de 6 am a 8:30 pm, que después de la jornada debía entregar el vehículo tanqueado y lavado, además, de una tarifa de \$75.000.

También dijo que el 22 de diciembre de 2016, presentó una afectación a su salud, con disminución de la fuerza en sus extremidades; por lo cual recibió un diagnóstico de polineuropatía y síndrome de Guillem Barre, generándole incapacidades del 22 de diciembre de 2016 al 25 de junio de 2017, pero la demandada nunca lo afilió a seguridad social, ni le pagó prestaciones sociales.

1.3 TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado de primera instancia, mediante auto del 19 de septiembre de 2019, ordenando notificar a la parte demandada.

1.4 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada se opuso a las pretensiones, afirmó que el actor no laboró al servicio de la demandada y que entre estos se suscribió un contrato de arrendamiento de un vehículo tipo taxi, desde abril de 2011 a diciembre de 2016. Que anteriormente, el demandante había llegado a un acuerdo con el señor Luis Alfredo Ubaté Guerrero entre los años 2003 a 2011, siempre bajo la figura del arrendamiento. Para enervar las súplicas formuló la excepción de inexistencia de la relación laboral, falta de causa legal para pedir, enriquecimiento sin causa, buena fe, falta de causa, temeridad y mala fe e innominada (Carpeta 10, Archivo Contestación, C01).

1.5 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 29 de julio de 2022 decidió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Rafael Antonio Ángel Pedraza y la señora Carmen Rosa Páez Ubaté el cual estuvo vigente entre el 31 de julio de 2002 hasta el 01 de diciembre de 2016, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada señora Carmen Rosa Páez Ubaté a pagarle al demandante señor Rafael Antonio Ángel Pedraza las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- CESANTÍAS: \$7.214.409
 - INT. CESANTÍAS: \$26.452
 - PRIMA DE SERVICIOS: \$212.582
 - VACACIONES: \$425.186
 - AUXILIO DE TRANSPORTE: \$233.100
 - INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS: \$1.976.000
- PARA UN TOTAL DE \$10.087.729

TERCERO: CONDENAR a la demandada señora Carmen Rosa Páez Ubaté al pago de los conceptos de vacaciones y auxilio de transporte de manera indexada desde la fecha de la presente sentencia y hasta el momento en que se efectuó el pago.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagarle al demandante el valor del cálculo actuarial a que haya lugar correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por los periodos insolutos en los que no se registra el pago de la cotización, esto entre el 31 de julio de 2022 hasta el 01 de diciembre de 2016 ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES; teniendo en cuenta para tales efectos como base de cotización el SMLMV para cada anualidad.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagarle al demandante el valor de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. consistente en los intereses moratorios fijados a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, a partir de la terminación del vínculo laboral y hasta el momento en que se verifique el pago de las insolutas conforme.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción formulada por el extremo demandado y no probados los demás medios exceptivos.

A esa conclusión llegó luego de aplicar la regla contenida en el artículo 24 del CST, cuya procedencia estimó una vez encontró demostrada la prestación personal del servicio, según lo extrajo de los interrogatorios y declaraciones recibidas, con estas pruebas dijo, no se logró desvirtuar la presunción a favor del trabajador, y por el contrario, les concedió pleno valor demostrativo permitiéndole establecer que la labor se prestó en favor de la demandada entre los años 2002 a 2016, y por eso accedió a las condenas, pero respecto de ellas aplicó parcialmente la prescripción.

1.6 RECURSOS

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación respecto a la condena a la demandada, aduciendo que se presentó una indebida valoración de las pruebas arrimadas al proceso, dijo que el juez le dio credibilidad a lo expuesto por el testigo Emmanuel Triana quien aseguró no residir hace más de 30 años en Bogotá, además, su testimonio fue tachado como falso.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada presentó sus alegaciones, reiterando lo expuesto en su recurso, y

respecto a sus razones para recurrir, puntualizó:

Colofón de lo anterior, se demuestra que el a-quo incurrió en unos yerros en la valoración probatoria, que de haber mediado un estudio prolijo habría concluido que entre el demandante y el demandado existió un contrato de arrendamiento de un taxi y jamás un contrato de trabajo por estar desvirtuada la presunción legal de la subordinación y el salario, que exige el artículo 23 del CST.

En consecuencia, solicito al honorable magistrada y demás miembros que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan REVOCAR en su totalidad la sentencia del 29 de julio de 2022, proferida por el Juez 28 laboral del Circuito de Bogotá, en las actuaciones de la referencia..

Mientras tanto, la parte demandante pidió la confirmación de la sentencia recurrida, advirtiendo que se demostró la prestación del servicio subordinado en favor de la demandada, además que, se demostraron los elementos esenciales para la existencia de un contrato de trabajo.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandada, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 23 del CST, son elementos esenciales de este tipo de acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de

duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
c. Un salario como retribución del servicio.

En este asunto, la Sala encuentra que la defensa se centró en desconocer la existencia de una relación laboral subordinada, sobre esto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ tiene sentado que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, en tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, *«faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*.

Sin embargo, el legislador trasladó a la empleadora la carga de demostrar que no se está ante un contrato dependiente sino verdaderamente autónomo, eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, la presunta empleadora, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las normas laborales (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que, bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretenso trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adoctrinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica - que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»
De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada."

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden acreditarse por los distintos medios probatorios ordinarios, así como que en materia laboral el juez no está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada."

El reclamo del demandante manifestado en su demanda consistió en afirmar que sí laboró al servicio de la demandada y que esta pretende desconocer la existencia de ese vínculo empleaticio, por consiguiente, debía probar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, pues *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, (artículo 167 del CGP aplicable por analogía del 145 del CST) para activar la presunción a que se hizo

referencia en párrafos anteriores.

Sobre este tema, es preciso recordar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referente a que si bien es cierto a la parte actora le basta con probar en el curso de la litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la parte demandada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado; también lo es, que no queda relevada de otras cargas probatorias, como por ejemplo la demostración de los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se solicita la indemnización respectiva, al respecto ver las Sentencias SL728-2021, SL102-2020, SL447-2019, entre otras.

La demandada manifestó que el señor Ángel Pedraza manejaba un vehículo de su propiedad; que él recogía el taxi a las 6 de la mañana y en la noche no tenía horario de llegada, que él llegaba tipo nueve de la noche; él utilizaba el vehículo de lunes a sábado; en fin, que era arrendatario y como tal tenía un producido diario; que el mantenimiento del vehículo corría por su cuenta; que él dejó de utilizar el taxi, porque manifestó quebrantos de salud, pero ella se enteró de esto al comunicarse con la hija, que él no decía los días que tomaría descansos; que generalmente, tomaba descanso el día de pico y placa.

El demandante al rendir su interrogatorio indicó que él prestaba el servicio a la señora Carmen Rosa cuando lo requiriera, que no recibía ningún pago por ese servicio; que él hacía esa labor tres o cuatro veces al mes; que él conducía el vehículo, y que debía pagar una tarifa; que nunca recibió un salario de parte de la propietaria; que le exigían la cuota diaria por el manejo del taxi; que el lavado y tanqueo lo sacaba del producido del día; que la forma de pago era lo que le quedaba del producido diario; que el contrato verbal era con Carmen Rosa.

El declarante Luis Emanuel Triana aseguró que conoció al señor Rafael trabajando para sus padres adoptivos; que el demandante trabajó muchos años para sus padres; que él estaba vinculado con ellos desde 2002 hasta 2016; que él era el conductor del vehículo de propiedad de sus padres; que él viajaba cada año o dos años a la ciudad de Bogotá; que el taxi él lo llevaba de 7.30 a 8.00 de la noche y lo saca tipo 6.30 de la mañana; que él en ocasiones llevaba a sus padres a diligencias personales; que él entregaba un producido diario y debía entregar el carro lavado y tanqueado; que él después de la muerte de su padre en 2007, visitaba a su madre, y presenció que el señor Ángel Pedraza

conducía el vehículo de propiedad de sus padres; refirió que no tiene enemistad con sus familiares, que con la muerte de su padre, sus hermanos de crianza decidieron cortar comunicación con este hace cuatro años.

El deponente Teodomiro Carrillo González afirma que desde el año 2002 el demandante laboraba con la señora Carmen Rosa; que según lo dicho por el demandante tenía un contrato verbal y que tenía que cumplir un horario; que en una ocasión, conoció a la señora Carmen Rosa en la casa de Rafael; que muy seguido se encontraba con Rafael en la estación de servicio ubicada en el barrio Normandía, porque debía llevarlo al barrio Estrada donde vivía la propietario; refirió que inicialmente él tenía un Chevette, luego un Chevrolet Corsa y por último, un Hyundai Atos; que al veces utilizaba el servicio de él, y los transportaba del apartamento de su mamá a la clínica; que el descansaba únicamente los días de pico y placa;

Por otra parte, en su testimonio, el señor Jhonny Alfredo Ubaté Páez relató que conoció a Rafael Antonio en el 2002, donde sostuvo con sus padres un contrato de arrendamiento de un vehículo taxi que ellos tenían en ese momento; que ese contrato fue hasta diciembre de 2016; que terminó por motivos de salud del señor Ángel Pedraza; informó que el pagaba por canon inicialmente 45 mil pesos; que esa suma se pagaba con el producido del carro; que ese dinero a veces lo cancelaba diario, semanal o mensual; e cualquier tipo de reparaciones que requería el vehículo lo cancelaban sus padres; afirmó que no tiene grado de enemistad con Luis Emmanuel Triana; que siempre la relación con él, era una relación equitativa; que el señor Luis Emmanuel Triana no regresó a su casa tras el fallecimiento de su padre.

La declaración del señor Víctor Manuel Ospina Carrillo quien informó al despacho que conoció a la demandante por ser el mecánico que le hacía reparaciones al vehículo que ellos tenían; que conoce a Rafael como conductor del taxi de propiedad de Carmen Rosa; que el pagaba una cuota por el arrendamiento del carro; que según conocía la cuota se pagaba diariamente; que el vehículo lo llevaban cada vez que necesitaba mantenimiento; que la señora Carmen pagaba el costo de mantenimiento.

De lo narrado, por el demandante y la demandada, así como por los testigos, se extrae que hubo una prestación de servicio por parte del señor Rafael Antonio Ángel Pedraza, consistente en la conducción de vehículos tipo taxi de propiedad de la demandada, ejerciendo esa actividad los días de la semana de lunes a sábado, exceptuando el día de restricción de movilidad de los vehículos en la ciudad de Bogotá. En este caso, el punto álgido de este litigio, es determinar si las labores que realizó el señor Ángel

Pedraza estaban subordinadas, y si efectivamente ésta recibía órdenes de sus empleadores para el desarrollo de sus labores.

Establecida la prestación personal del servicio, emerge la presunción de subordinación prevista en el artículo 24 del CST, en virtud de la cual, por admitir prueba en contrario, el presunto empleador debe desvirtuar y demostrar que se trató de un vínculo de otra índole. Cabe destacar que la parte demandada no aportó el presunto contrato de arrendamiento del vehículo, pero explicó que se convino verbalmente, por lo que, la prueba de su existencia se ciñó a lo declarado por las partes y los testimonios recibidos durante el proceso.

Analizadas las declaraciones no hay duda de que el demandante prestaba servicios personales en la conducción de un vehículo taxi, que estuvo realizando esa labor entre los años 2002 a 2016, tal como lo indicaron Jhonny Ubaté Páez (hijo de sangre de la demandada), Luis Emmanuel Triana (hijo de crianza de la demandada) y el señor Teodomiro Carrillo (amigo del demandante), que en el ejercicio de sus labores realizaba turnos alrededor de 12 a 14 horas al día en la semana que no correspondieran al horario del pico y placa.

Ahora, aunque para realizar sus labores, el conductor tiene la posibilidad de escoger rutas, elegir carreras o servicios que atender, también se demostró que tenía asignado un horario de retiro y entrega del vehículo, unas instrucciones en cuanto a la forma en que debía hacer esto último, es decir, debidamente aseado y con el tanque de gasolina recargado, se le ordenó que, en los días de pico y placa, el vehículo estaría destinado al desplazamiento de los propietarios a realizar actividades personales, consistentes en llevarlos al médico, hacer el mantenimiento, a esto último hizo alusión el testigo Víctor Manuel Ospina Carrillo, cuando refirió que el señor Ángel Pedraza y la señora Páez de Ubaté acudieron muchas veces al taller de su propiedad, para llevar el vehículo a mantenimiento preventivo, quedando así demostrada la subordinación, y que el demandante no tenía autonomía, ni podía disponer del vehículo o de su tiempo.

A juicio de esta Corporación, no existen puntos grises en torno a la existencia de un vínculo empleatício entre las partes, máxime cuando los testigos, en especial los hijos de la demandada admitieron que el señor Ángel Pedraza si prestaba un servicio a la enjuiciada, y que entre estos se pactaron condiciones especiales, de las cuales se puede extraer que en efecto se trató de un labor estrictamente subordinada y no autónoma como lo pretendía hacer ver la defensa de la señora Páez de Ubaté.

Finalmente, en cuanto a la remuneración, si bien la misma no era cancelada directamente por la demandada, se pudo establecer que, del producido del vehículo, el demandante debía obtener lo necesario, y así recaudar las sumas correspondientes a su salario, sin que se pueda determinar cuánto era lo realmente devengado por este, por tratarse de una remuneración, por lo que, conforme al precedente jurisprudencial aplicable, se presume que este percibía la remuneración mínima, tal y como lo señaló nuestro órgano de cierre en la sentencia SL16528-2016, entre otras.

De lo relatado por los declarantes, considera esta Sala que se evidencia que en la actividad personal del demandante estuvo subordinado por la convocada a juicio, estando acreditados así no solo la prestación de un servicio y su remuneración, sino también que estaba sujeto a las órdenes e instrucciones impuestas por la demandada.

La Sala no observa prueba que permita derruir la presunción constituida en favor del trabajador, y que, por el contrario, todas las pruebas llevan a declarar probada la existencia de un vínculo laboral del que se favorecía la demandada. Así las cosas, del análisis que se efectúa del acervo probatorio, concluye esta Corporación que estuvo demostrada la existencia del contrato de trabajo.

3.7 DE LAS COSTAS DEL PROCESO

Con relación a las costas, al no prosperar el recurso interpuesto, se impondrá condena en costas a la demandada en segunda instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos.

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

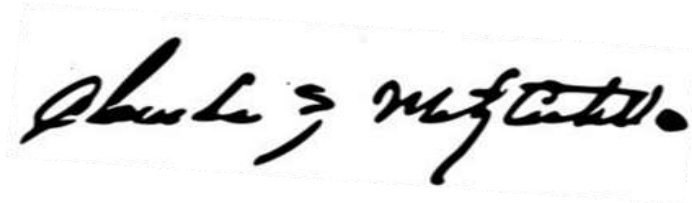
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor el señor Rafael Antonio Ángel Pedraza, en contra de la señora Carmen Rosa Páez de Ubaté, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandada en segunda instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Link de expediente: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EITeCSBCOEIfRWam9YXja0BldRooulefMjTk7AHFF-ASg?e=12CKCi



DEMANDANTE:	Guillermo Bermúdez Santos
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA:	Multiafiliación- Devolución de Saldos
DECISIÓN:	Confirma sentencia
RADICADO Y LINK:	11001310502020200010601 11001310502020200010601

En Bogotá DC, a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor Guillermo Bermúdez Santos en contra de las demandadas Colpensiones y Colfondos SA.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1.PRETENSIONES.

Pretende el demandante se deje sin efecto el acto de anulación del traslado al RAIS realizado por las demandadas, y por el cual establecieron como única afiliación la del RPMPD. En consecuencia, pide que se declare la validez de la afiliación al RAIS realizada el 30 de diciembre de 1998, y que se ordene a Colpensiones trasladar la totalidad de los aportes realizados por la compañía Texas Petroleum Company.

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones hasta su afiliación al RAIS a través de la administradora Colfondos en diciembre de 1998; que se acercó a Colfondos en marzo de 2019, en ese momento le informaron que la solicitud debía tramitarla ante Colpensiones debido a que su afiliación a Colfondos fue anulada, hecho del que solo se enteró en ese momento porque creía estar afiliado a Colfondos.

En correspondencia con lo anterior, solicitó a Colpensiones la pensión de vejez, pero en respuesta se expidió la Resolución SUB 71309 del 22 de marzo de 2019, que le reconoció una indemnización sustitutiva por valor de \$67.713.416; decisión con la que no estuvo conforme y contra la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, expidiéndose la resolución SUB 127265 de 2019, por la cual se ordenó reliquidar la indemnización en la suma de \$3.254.151 pesos, por lo que, pidió la suspensión del trámite de reconocimiento de indemnización; posteriormente, la administradora expediente la resolución DPE 5646 del 9 de julio de 2019, por la cual confirma las decisiones que había tomado en su caso.

Afirmó que, tanto como Colpensiones y Colfondos le informaron que no poseían documento alguno que soportara la solicitud de anulación de su afiliación al fondo privado y que Colpensiones le pagó una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de \$70.967.567 pesos.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

En cuanto a los hechos, Colfondos SA manifestó que se afilió al RAIS, pero el comité de multivinculación estableció que el demandante debía seguir afiliado a Colpensiones; y en ese sentido se dio respuesta a la petición que al demandante elevó, explicándole que se hizo en cumplimiento del artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 se invalidó la afiliación al RAIS. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de afiliación al RPMPD, ratificación de la afiliación a Colfondos SA, prescripción, mala fe, compensación y pago (PDF 04, C01).

Colpensiones aceptó los hechos relacionados a la de afiliación al RPMPD, la solicitud de indemnización sustitutiva y su reconocimiento al demandante, aceptó el hecho referente a que Colpensiones no poseía documento alguno donde se soportase la anulación del traslado. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de inexistencia del derecho para trasladarse al RAIS, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, carencia de causa para demandar, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (PDF 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de julio de 2022, dispuso que:

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTÍAS, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor GUILLERMO BERMÚDEZ SANTOS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimos mensual legal vigentes.

TERCERO: De ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante recurre la decisión porque, a su juicio, la primera instancia realizó un giro en el proceso al considerar que el demandante se encontraba multivinculado. Controvirtió las conclusiones del juzgado aduciendo que no se encontraba multiafiliado, y que el actor diligenció formulario de afiliación al RAIS, el cual, tuvo efectos a principios del año 1999, y que es perfectamente válida, por lo tanto, la administración de los aportes le correspondía a Colfondos SA.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones en sus alegatos manifestó que deben prosperar las excepciones de inexistencia del derecho y de obligación por falta de causa para pedir, que en este caso el demandante no realizó aportes al RAIS, por lo cual se entiende válidamente afiliado a Colpensiones, dado que la afiliación a Colfondos nunca se perfeccionó.

Parte demandante en sus argumentos señaló que el demandante se trasladó válidamente al RAIS el 30 de diciembre de 1998, que no realizó cotizaciones simultaneas, y que no es acertado afirmar que se encontraba en un escenario de múltiple vinculación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, de conformidad con lo señalado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si fue válidamente declarada la anulación de la afiliación que realizó el demandante al RAIS, o si por el contrario no existió una multivinculación, y, si es así, establecerá sus consecuencias.

3.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda de que el demandante se afilió al ISS en fecha 1° de diciembre de 1972 (Pág. 17, pdf. 01, C01), además que, este nació el 31 de diciembre de 1955 como se observa en su cédula de ciudadanía (pág. 11, pdf. 01, C01), y se afilió al RAIS administrado por Colfondos SA, tal y como se evidencia en la misiva del 29 de enero de 1999 (pág. 20, pdf. 01, C01).

Por último, que al demandante le fue reconocida indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones mediante acto administrativo SUB-71309 del 22 de marzo de 2019 (Págs. 21 a 25, ídem), resolución que fue modificada por la SUB-127265 del 22 de mayo de 2019 (Págs. 28 a 33, ídem), decisión que sería confirmada por la DPE 5646 del 9 de julio de 2019 (Págs. 34 a 39, ídem).

3.4 DE LA ANULACIÓN DEL TRASLADO AL RAIS.

El presente conflicto lo suscita la consideración del extremo activo de que es ineficaz la invalidez que se hizo del traslado que, realizado a Colfondos SA, como

administradora del RAIS, y que debe permanecer en la régimen privado de pensiones en tanto su afiliación es totalmente válida, por cuanto no era necesario efectuar cotizaciones a ese régimen. Y señalando que dicha anulación no cumplió con los parámetros legales, aunado a que, no le fue notificada, impidiéndole oponerse a ella.

Por el contrario, la demandada Colfondos asevera que se está ante el convencimiento errado por la parte demandante, de tener la percepción que su traslado de Colfondos a Colpensiones es inválido. Y que, en todo caso, se debe partir del supuesto que el actor se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

también. Señaló que, para este caso, la decisión del comité de multifiliación, conformado con el ISS hoy Colpensiones, definió que quedaría afiliado al RPMPD, de conformidad con lo reglado en el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008, el cual establece lo siguiente:

Artículo 5°. *Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compartibilidad pensional.* En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones.

Finalmente, expone que al no ser objetada la decisión de ambas administradora por parte del interesado, esta se encuentra en firme.

Mientras tanto, la demandada Colpensiones aduce que para el caso del señor Bermúdez Santos se presentó un traslado aparente, es por ello, que en virtud de lo normado en los artículos 17° del Decreto 692 de 1994, el 2° del Decreto 3800 de 2003 y el 5° del Decreto 3995 de 2008, se decidió anular su afiliación a Colfondos SA, y declararlo válidamente afiliado a Colpensiones.

Analizados los planteamientos tanto del demandante como de los demandados, es claro que el juzgador de primer grado no cambió el sendero de la discusión, y menos realizó un giro inesperado en la controversia al referirse al tema de la multifiliación, pues es evidente que este fue planteado desde el inicio.

Definido lo anterior, tenemos que actualmente el señor Guillermo Bermúdez Santos está afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en virtud de lo establecido en el artículo 5° del Decreto 3995 del 14 de octubre de 2018, tal y

como consta en la certificación de la AFP Colfondos aportada dentro del expediente administrativo allegado por Colpensiones. En la citada certificación, se señaló lo siguiente:

Lo anterior, teniendo en cuenta que el señor BERMUDEZ SANTOS se trasladó de COLPENSIONES al fondo de pensiones obligatoria administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS el día 30 de Diciembre 1.998, sin que desde tal fecha haya realizado cotizaciones al Régimen de Ahorro Individual. Conforme a lo previsto en la norma antes mencionada, en esta situación la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones, en este caso COLPENSIONES. Igualmente informamos de esta determinación para que reactive su afiliación en esa entidad y pueda continuar afiliado válidamente en el Régimen de Prima Media. Por lo anterior le solicitamos informar a su empleador para que continúe realizando sus aportes pensionales al COLPENSIONES o en caso de ser usted un trabajador independiente, deberá realizar sus aportes igualmente a dicho instituto.

Con relación a la libertad de afiliación el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece las siguientes características:

El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;
- b. **La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.** El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.
(...)
- d. **La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.**
(...)
- p. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. CONDICIONALMENTE exequible. El nuevo texto es el siguiente:> **Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley;** (Negrilla de la Sala).

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, radicación No. 42787 del trece (13) de marzo de dos mil trece (2013), planteo la posibilidad de que el simple diligenciamiento del formulario ante una administradora producía los efectos de afiliación o traslados de regímenes o de administradoras así no se hubiesen realizado cotizaciones, sin embargo, ese concepto fue reevaluado por nuestro órgano de cierre, en sentencia SL413 de 2018, donde se dijo que:

Una nueva comprensión del asunto lleva a la Corte, en esta oportunidad, a precisar el criterio doctrinal esbozado en el sentido que, no en todos los casos, es dable deducir la afiliación o traslado con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.

En tal dirección, cabe recordar que el derecho laboral y la seguridad social son instituciones cuyo eje central es la protección de la persona del trabajador y, en el caso de la última de las disciplinas, la garantía de *«los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten»* (art. 1 L. 100/1993). Debido a esta fuerte conexión que existe

entre el respeto a autonomía moral y la dignidad humana, y la garantía de las prestaciones que el sistema consagra, el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades.

Este planteo implica que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, tradicionalmente comprendido en el contexto del contrato de trabajo, también permea las actuaciones de los ciudadanos al interior de los sistemas de protección social.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la *intención* del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la «*aceptación tácita de la afiliación*», consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación y, al tiempo, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).

Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas (desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Por último, y para dar respuesta a la alegación del recurrente según el cual los jueces se encuentran en permanente rebeldía con el mandato previsto en el artículo 230 de la Constitución, cumple anotar que la doctrina de la Sala de ninguna manera conlleva a la insubsistencia de la legislación que regula el acto jurídico de la afiliación que, como se sabe, es formal y reglado. La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*» (art. 2 CP).

Por lo demás, esta construcción tampoco es incompatible con la doctrina sobre mora patronal ni mucho menos con la previsión contenida en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en virtud a que el debate aquí se centra en la materialización del *acto jurídico de la afiliación*, el cual, en otros escenarios, como el de la mora en el pago de las cotizaciones, se asume o no es objeto de discusión por el afiliado o sus familiares.

En el *sub examine*, la Sala advierte que el Tribunal cometió una impropiedad al colegir que «*para que se perfeccione la afiliación al Sistema General de Pensiones en cualquiera de los dos regímenes es requisito efectuar las cotizaciones establecidas en la ley*», no obstante que, como se dijo, las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos.

Ahora, esta desavenencia del juzgador a nada conduce ya que en el *sub examine* se observa la existencia de serias dudas sobre la intención real del causante, puesto que a pesar de que diligenció y firmó formulario de vinculación a BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. el 25 de octubre de 1996, esto es, un año antes de fallecer, no realizó cotizaciones ni ejerció ningún acto ante el fondo que denotara su voluntad de pertenecer a esa administradora. En otras palabras, no existe coherencia entre el formato de vinculación y la conducta del afiliado.

Esta bifurcación entre lo formal y las actuaciones materiales frente a un acto jurídico tan trascendental para un ciudadano como su vinculación a un régimen pensional, el cual supone claridad frente a la voluntad del afiliado en vista a las consecuencias que pueden derivarse para él y su núcleo familiar, impide a la Corte en el caso concreto darle eficacia a la vinculación del causante al RAIS y, en este sentido, se mantendrá la decisión del juez plural.

Aplicando el citado precedente jurisprudencial a este caso, tenemos que el señor Bermúdez Santos, a excepción del acto de afiliación, no prueba que hubiese realizado actos tendientes a demostrar su interés en pertenecer y permanecer en el régimen del RAIS, administrado por Colfondos. De hecho, según lo indicado en su libelo inicial, este únicamente acudió a solicitar la devolución de saldos, y en ese momento, pudo constatar que no se encontraba afiliado a la entidad, y que ella había sido anulada, por ende, su afiliación válida para ese momento lo era con la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

Tampoco, el interesado acreditó que realizó actos diferentes a realizar aportes al sistema, como lo determinó la Corte en el precedente citado, sin que pueda concluirse así que realmente sí estaba interesado en pertenecer a dicho régimen. Y es que, en particular en este caso, desde 1998 a 2019, transcurrieron más de 20 años, con una actitud pasiva del afiliado, lo que conlleva a declarar que el acto realizado por ambas administradoras, tanto como Colfondos quien anuló la afiliación, y Colpensiones quien reactivó al afiliado en su régimen, es completamente acertado y apegado a la ley. En consecuencia, se confirma lo decidido en primera instancia.

3.5 CONDENA EN COSTAS

Al no prosperar el recurso impetrado por la parte actora, se le condenará en costas en segunda instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 pesos.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación se confirmará.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

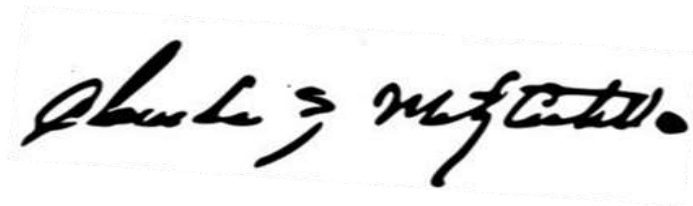
IV. RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de julio de 2022, dentro del proceso promovido por Guillermo Bermúdez Santos en contra de las demandadas Colpensiones y Colfondos SA, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 pesos.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado