República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-021-2019-00336-01. Proceso de Fuero Sindical de Unión temporal Ecocapital contra Gustavo Adolfo Romero López (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

La sociedad UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL convocó al señor GUSTAVO ADOLFO ROMERO LÓPEZ, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a partir del 12 de febrero de 2015, ejerciendo el cargo de auxiliar de almacén, así como, que es miembro de la organización sindical Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal Ecocapital "SINTRAECO" desempeñando el cargo de fiscal, por lo que goza de garantía de fuero sindical; que el actor incumplió los deberes y obligaciones de las cláusulas primera, quinta y novena del contrato de trabajo, los numerales 1, 2 y 20 del artículo 101, numeral 25 y 30 del

artículo 103, numerales 2, 4 y 6 del artículo 116 del Reglamento Interno de Trabajo, así como los numerales 2 y 5 del artículo 58 y numerales 2, 4 y 6 del C.S.T. y que como consecuencia de las anteriores, se ordene el levantamiento de fuero sindical y se otorgue permiso para despedir con justa causa al señor Gustavo Adolfo Romero López y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo el 12 de febrero de 2015, desempeñando el cargo de auxiliar de almacén; que el Coordinador de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo certificó que el demandado hace parte de la junta directiva de SINTRAECO en condición de FISCAL; que el señor Romero López realizó sin autorización alguna grabación fílmica en la Bodega No. 3 de la compañía el 15 de marzo de 2019, situación prohibida por parte de la empresa y que fue divulgada en el perfil público de Facebook de SINTRAECO el 15 de marzo de 2019; que la Supervisora Administrativa ordenó al encartado a organizar la bodega de dotación para proceder con el inventario el 29 de marzo de 2019, orden que no fue cumplida, operación que tuvo que ser suspendida, no obstante, retornó el 1° de abril de 2019 y encontró el mismo estado de la bodega, por lo que informó tal situación vía correo electrónico al director administrativo; que tanto la Supervisora Administrativa y el Director Administrativo le preguntaron la razón del incumplimiento de las labores, obteniendo como respuesta *"eso le corresponde a los jefes organizar eso, no tenía tiempo estoy en otras actividades y que vamos a hacer ya que no contratan gente, me triplico o qué hago o qué quieren"*, por lo que fue citado a diligencias de descargos para el día 26 de abril de 2019; que en dicha data, mencionó el encartado que ha sido citado a descargos por más de 4 veces y que lo han sancionado, así como, que conoce el Reglamento Interno de Trabajo, admitiendo que efectuó grabaciones, dado el cargo que desempeña en la organización sindical, que debía seguir las órdenes impartidas por el jefe inmediato, aceptando a su vez, que las órdenes impartidas vinieron de personas

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-021-2019-00336-01. Proceso de Fuero Sindical de Unión temporal Ecocapital contra Gustavo Adolfo Romero López (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

La sociedad UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL convocó al señor GUSTAVO ADOLFO ROMERO LÓPEZ, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a partir del 12 de febrero de 2015, ejerciendo el cargo de auxiliar de almacén, así como, que es miembro de la organización sindical Sindicato de Trabajadores de la Unión Temporal Ecocapital "SINTRAECO" desempeñando el cargo de fiscal, por lo que goza de garantía de fuero sindical; que el actor incumplió los deberes y obligaciones de las cláusulas primera, quinta y novena del contrato de trabajo, los numerales 1, 2 y 20 del artículo 101, numeral 25 y 30 del

artículo 103, numerales 2, 4 y 6 del artículo 116 del Reglamento Interno de Trabajo, así como los numerales 2 y 5 del artículo 58 y numerales 2, 4 y 6 del C.S.T. y que como consecuencia de las anteriores, se ordene el levantamiento de fuero sindical y se otorgue permiso para despedir con justa causa al señor Gustavo Adolfo Romero López y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo el 12 de febrero de 2015, desempeñando el cargo de auxiliar de almacén; que el Coordinador de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo certificó que el demandado hace parte de la junta directiva de SINTRAECO en condición de FISCAL; que el señor Romero López realizó sin autorización alguna grabación fílmica en la Bodega No. 3 de la compañía el 15 de marzo de 2019, situación prohibida por parte de la empresa y que fue divulgada en el perfil público de Facebook de SINTRAECO el 15 de marzo de 2019; que la Supervisora Administrativa ordenó al encartado a organizar la bodega de dotación para proceder con el inventario el 29 de marzo de 2019, orden que no fue cumplida, operación que tuvo que ser suspendida, no obstante, retornó el 1° de abril de 2019 y encontró el mismo estado de la bodega, por lo que informó tal situación vía correo electrónico al director administrativo; que tanto la Supervisora Administrativa y el Director Administrativo le preguntaron la razón del incumplimiento de las labores, obteniendo como respuesta *"eso le corresponde a los jefes organizar eso, no tenía tiempo estoy en otras actividades y que vamos a hacer ya que no contratan gente, me triplico o qué hago o qué quieren"*, por lo que fue citado a diligencias de descargos para el día 26 de abril de 2019; que en dicha data, mencionó el encartado que ha sido citado a descargos por más de 4 veces y que lo han sancionado, así como, que conoce el Reglamento Interno de Trabajo, admitiendo que efectuó grabaciones, dado el cargo que desempeña en la organización sindical, que debía seguir las órdenes impartidas por el jefe inmediato, aceptando a su vez, que las órdenes impartidas vinieron de personas

diferentes a sus jefes inmediatos y se debía a actuaciones de terceras personas, y con las cuales entorpecían las actividades diarias.

Así mismo, indicó que se le preguntó acerca del trato a los compañeros de trabajo y dijo que era consciente de la buena comunicación y describió las cláusulas vulneradas por el accionado, al igual, que el actor recibió capacitación el 12 de febrero de 2015, concerniente con el reglamento Interno de Trabajo, reiterada el 6 de agosto de 2015, el 22 y 23 de noviembre de 2018, relacionada con las misión, visión y políticas de la empresa, al igual, que el 22 de febrero de 2019 recibió re-inducción de sus funciones, siendo renuente a firmar el acta de asistencia a la misma; que el demandado incumplió las obligaciones contenidas en los numerales 1, 2 y 5 del literal A) del artículo 62 del C.S.T., los literales 2, 4 y 6 del literal A) del artículo 62 del C.S.T., los numerales 1, 2 y 20 del artículo 101, numerales 25 y 30 del artículo 103, numerales 2, 4 y 6 del artículo 116 del Reglamento Interno de Trabajo; que de forma escrita le fue informado al señor Romero López la terminación del contrato de trabajo con justa causa previa sentencia que defina la solicitud de levantamiento de fuero sindical el 7 de mayo de 2019; que con las conductas efectuadas por el accionado los días 15 y 29 de marzo de 2019, incumplió las funciones y responsabilidad del cargo que desempeña; que el trabajador elevó solicitud de revocar la terminación del vínculo laboral el 13 de mayo de 2019, la que fue negada el 14 del mismo mes y año, ya que incumplió gravemente las obligaciones laborales, contractuales, políticas corporativas y contempladas en el Reglamento Interno de Trabajo.

Frente a las súplicas, la aquo, absolvió al demandado de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, bajo el sustento que si bien el actor incurrió en las tres faltas endilgadas por la demandada, también lo es, que frente a la grabación, dicho incumplimiento no fue catalogado como grave por la demandada y que era inexistente para el momento de los hechos y frente a las dos restantes, que son el incumplimiento de sus deberes laborales, así como faltar al respeto a sus jefes inmediatos, señaló

que de conformidad con el mismo Reglamento Interno de Trabajo, el mismo presupone un llamado de atención con copia a la hoja de vida y tiene como último recurso, el despido del trabajador, por lo que al ser la primera oportunidad en que incurrió el encartado en tales fallas, no es procedente el despido, advirtiendo, que si bien se ponen de presente otras actitudes del trabajador que contrarían a la empresa, también lo es, que las mismas no se establecieron en la carta de terminación del vínculo laboral y por ello, no se podría efectuar pronunciamiento al respecto.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Tuvo como fundamento de su inconformidad, que el artículo 58 del C.S.T. establece la obligación del trabajador de cumplir las órdenes del superior jerárquico, la que a su vez, la establece como una falta grave en el artículo 62 del mismo compendio normativo, siendo justa causa para terminar el contrato de trabajo, aunado, con que el actor asistió a las capacitaciones o re-inducciones a las que asistió el trabajador y en las que se mencionó la prohibición grabar videos y tomar fotografías en las instalaciones de la empresa, ejes temáticos que han sido dados con anterioridad, que incluso se dieron vía correo electrónico desde el año 2017, a todos los trabajadores de la sociedad, sin que exista la contradicción que se refiere el aquo ente las declaraciones de los señores Jorge Perdomo y mariana Galeano, ya que el primero indicó que después del hecho del actor, se emitió la prohibición de del uso de los celulares dentro de la compañía y no que a partir de allí, se prohibía realizar grabaciones o fotografías, por lo que incumplió el literal E) del de la cláusula novena del contrato de trabajo, referente al deber de confidencialidad, ya que grabó materiales biológicos y que fue publicado por la Organización Sindical, el perfil público de Facebook, pese a que cada 6 meses se enviaban comunicaciones al respecto, así como, que ni el demandante ni la organización sindical solicitaron permiso para efectuar loa grabación, ni para publicarla.

Ahora bien, manifestó en cuanto a la segunda causal que existió una violación grave de las funciones del trabajador, por cuanto el mismo fue vinculado para desempeñar el cargo de almacenista y después cambió a auxiliar de almacén, por lo que en sus funciones estaban el de organizar las bodegas, en especial la No. 3 o denominada de dotación, obligación que fue incumplida, por cuanto para la fecha en que solicitó el arreglo de la misma, la función debería ser cumplida ya que era el período de entrega de dotaciones a los trabajadores, entregando tres unidades a cada uno, ya que son dos dotaciones convencionales, enfatizando que dicha labor de conformidad con la declaración del trabajador, le tomaría una hora y media, siendo función del mismo. Aunado a lo anterior, por cuanto la aquo toma cada falta de forma individual y separada, como si cada actividad generara un incumplimiento diferente.

De igual forma, señala que también se acreditó la el irrespeto a sus superiores, por lo que se convierte en una actuación reiterativa, advirtiendo, que para ser catalogada de dicha forma, no es necesario que la conducta se realice varias veces por el trabajador, ya que se entiende como tal, los tres incumplimientos, conductas reiterativas que se acreditan tanto con el testimonio de la señora Mariana Galeano, así como con la confesión del propio demandante, quien afirmó sobre el incumplimiento de sus obligaciones, además, de un hurto que efectuó el demandante de una chaqueta de la empresa y que de forma posterior fue devuelta, así como, que ya había sido sancionado en diversas oportunidades, situaciones que fueron ratificadas por las declaraciones de los testigos de la parte actora, lo que demuestra las conductas reiterativas del trabajador, por lo que se debe acceder a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta, que en efecto se incumple con las normatividades tanto dispuestas en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo y en la ley.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, el extremo inicial, ni el salario; por tanto, el problema jurídico a resolver por esta Sala de Decisión se circunscribe en determinar si la parte actora acredita las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo y de encontrarse dicho postulado acertado, acceder al permiso para despedir al trabajador.

Atendiendo lo anterior, debe indicarse que ha sostenido la H. Corte Constitucional que la institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la Ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, valga decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 Superior garantiza; por lo que esta institución mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, sin previo permiso del juez laboral, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.

Tal disposición armoniza con el ordenamiento contenido en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 12 la Ley 584 de 2000, que estableció quiénes están amparados por fuero sindical, que para el caso particular en su literal c se indicó expresamente a qué trabajadores cobija esta protección:

> "c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes..."

Por su parte, sobre la prueba de la existencia del fuero sindical el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001 preceptúa:

> "...Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical."

De la misma manera, el parágrafo 2° del citado artículo 406 del Código Sustantivo establece:

> "Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador... "

En el asunto, el empleador no cuestiona la calidad de directivo sindical que el trabajador ostenta, ejerciendo el cargo de fiscal, cuestiona que el actor ha incurrido en justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, las que expone en el documento denominado como *"Terminación del contrato de trabajo con Justa Causa"*, visible a folios 79 a 82 del plenario, en la que se refiere:

> *"La Compañía tuvo conocimiento que Usted incumplió con sus obligaciones laborales contenidas en 1° y 5° del artículo 58 del C.S.T. y los numerales 1°, 2° y 20 del artículo 101, los numerales 2°, 4° y 6° del artículo 116 del Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía.*
>
> *a. El día 15 de marzo de 2019, Usted realizó una serie de grabaciones dentro de las instalaciones de la Empresa, específicamente en la Bodega 3, sin contar con la autorización de su jefe inmediato ni de la Compañía para ello.*
> *b. El día 29 de marzo de 2019, Usted no ejecutó la orden que le dio su jefe inmediato de reorganizar el inventario de la bodega de dotación.*

c. *El día 29 de marzo de 2019, Usted no realizó la reorganización de la bodega de dotación para poder proseguir con el inventario desde la contabilidad.*

d. *El día 08 de abril de 2019, Usted presentó un comportamiento grosero e irrespetuoso con el Director Administrativo y la Supervisora Administrativa, puesto que los mismos le preguntaron por qué no había realizado sus funciones y el mismo contestó: "Eso le corresponde al a jefes organizar eso no tenía tiempo estoy en otras actividades y que vamos a hacer ya que no contratan gente, me triplico o qué hago o qué quiere (...)".*

Así mismo, en dicho escrito se indicaron las actuaciones administrativas y por consiguiente las respuestas emitidas por el trabajador en las diligencias de descargos, quedando supeditada dicha decisión, a la ejecutoria de la sentencia que defina el levantamiento de fuero sindical, indicando nuevamente la vulneración de los numerales 1° y 5° del artículo 58, los numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del C.S.T., los numerales 1°, 2° y 20 del artículo 101, los numerales 25 y 40 del artículo 103, el numeral 1° del artículo 109 y los numerales 2°, 4° y 6° del artículo 116 del Reglamento Interno de Trabajo.

De acuerdo con lo anterior, se procede a traer a estudio las normas mencionadas en la carta de terminación del vínculo laboral, para de forma posterior, determinar si las mismas dan origen al finiquito del contrato de trabajo, las que a continuación se relacionan:

*"**Artículo 101°-** Son obligaciones especiales del trabajador, el cumplimiento de los principios, objetivos. Políticas y obligaciones señaladas en el reglamento interno de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL*

1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados.

2. Acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta el empleador o sus representantes según el orden jerárquico establecido.

...

20. Prestar sus servicios de manera puntual, cuidadosa, amable y diligente.

Artículo 103º- *Se prohíbe a los trabajadores*

25. Usar un lenguaje irrespetuoso o indecente para con sus compañeros o superiores dentro o fuera del trabajo.
Artículo 109º- *Faltas de Máxima Gravedad*

1. serán aquellas cometidas por el trabajador contra sus obligaciones o violando sus prohibiciones laborales, que sean establecidas dentro de las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

Artículo 116º- *Son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la UNIÓN TEMPORAL ECOCAPITAL*

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias, vehículos, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.".

Así mismo, la parte actora manifiesta que el encartado vulneró la cláusula novena del contrato de trabajo suscrito entre las partes y en el que se refiere:

> *"**NOVENA: CONFIDENCIALIDAD**.- EL TRABAJADOR manifiesta expresamente conocer la prohibición legal de transmitir las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre asuntos de naturaleza reservada o cuya divulgación puede generar perjuicios al EMPLEADOR, así como revelar o divulgar descubrimientos, invenciones técnicas, procesos o aplicaciones industriales llegadas a su conocimiento en razón de su cargo, oficio o profesión y que deben permanecer en reserva.*
>
> *(...)*
>
> ***Parágrafo 1:** Para los efectos de la presente cláusula se entenderá por información: Documentos, Facturas, Pedidos, Modelos, Contratos, Cotizaciones, Conversaciones, Estudios, Evaluaciones, Compilaciones, Datos, Análisis, Diseños. Grabaciones, Archivos, Interpretaciones de cualquier tipo, carácter o naturaleza, relativos a la factibilidad para la realización de Proyectos, Contratos o servicios desarrollados por EL EMPLEADOR. La enunciación anterior no es taxativa.*
>
> ***Parágrafo 2:** Las conductas que violen la confidencialidad se tendrán como faltas graves.".*

Ahora bien, dentro del plenario se encuentra el acta de la diligencia de descargos efectuada por el trabajador el 26 de abril de 2019, en la que se le imputan los mismos cargos que se refirieron en la carta de terminación del contrato de trabajo, en la que el hoy demandado no aceptó las imputaciones referentes con loa realización del video, así como, con la orden de organización de que le fue impartida, pues afirma, que en el video no se observa que quien lo realizó fue él, y que si así hubiere sido, lo hizo en ejercicio del derecho de asociación sindical y dada su calidad

de miembro de la junta directiva del mismo y frente al segundo hecho, afirmó, que la bodega de dotación no se encontraba en el desorden que se ha indicado y aclaró que muchas personas ingresan a la misma a recoger y dejar mercancía, sin que se le indique al trabajador.

Ahora bien, frente al trato a los jefes inmediatos, ase advierte que si bien el mismo no reconoció de forma directa tales imputaciones, sí lo hizo de forma indirecta, como quiera que manifestó que en primer lugar según el reglamento interno de trabajo solo debería tener un jefe inmediato que impartiera órdenes y no cualquier persona con un cargo mayor le indicaran instrucciones nuevas, aunado, con que para dichas fechas se encontraba con un alta carga laboral, ya que se encontraba en entrega de dotación y no hay ningún otro trabajador que desempeñara las mismas funciones y que le pudiere colaborar.

Así mismo, se recepcionó el interrogatorio de parte del señor Gustavo Adolfo Romero López, quien confesó que en efecto realizó la grabación en la Bodega No. 3 que corresponde al almacén de dotación donde desempeña sus labores, sin embargo, tal como también lo determinó la falladora de primer grado, dicha conducta no se puede constituir como una justa causa para la terminación del contrato de trabajo y que conlleve al levantamiento del fuero sindical, teniendo en cuenta, que ni dentro de las normas dispuestas en el Código Sustantivo de Trabajo, ni las contempladas en el Reglamento Interno de Trabajo, ni las reguladas en el contrato de trabajo, disponen la prohibición de efectuar grabaciones, enfatizando, que si bien en el contrato pactado se estableció en su cláusula novena se estipuló la confidencialidad, también lo es, que en el parágrafo 1° de la misma, se estableció una serie las conductas que se enmarcarían que podrían generar la vulneración de la información, dentro de la que no se encuentra la actividad desplegada por el trabajador, y en la que si bien se menciona que dicha enunciación no es taxativa, también lo es, que bajo dicha potestad absoluta que se reserva el empleador, cualquier situación que el mismo considere como vulneración de tal

cláusula y genere la finalización del vínculo entre las partes, por lo que tal causal no se encuentra debidamente acreditada.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que incluso los testigos Víctor Julio Cifuentes y Samuel Sánchez Grillo, quienes manifestaron que la decisión de publicar el video fue tomada en asamblea del sindicato, por lo que si bien podría indicarse que quien lo tomó fue el propio demandado, también lo es, que no así, de la determinación de publicar el video, y muchos menos fue demostrada la condición de la confidencialidad de la información que fue registrada y publicada.

Aunado a lo anterior y contario a lo indicado por el apoderado de la parte actora, referente con que no existió controversia entre los testigos de la parte actora, así como, que no se interpretó en debida forma el testimonio del señor Jorge Andrés Perdomo Gutiérrez, debe indicarse que en efecto este deponente manifestó en su declaración que la prohibición de tomar fotos y efectuar grabaciones se encuentra dispuesta en el Sistema de Gestión de Calidad Integrado, la que debe ser acatada en su integridad por los trabajadores de la compañía y que incluso en el año 2017, se generó un comunicado en dicho sentido y se efectuaron re-inducciones al respecto, no obstante, en la declaración de la señora Yesica mariana Galeano Bonilla, quien adujo ser la Jefe de Gestión Humana y refirió que el primero de marzo envió correo electrónico con la prohibición de tomar fotos y videos en la compañía, así como, que se efectuaron publicaciones en toda la empresa, situación que se realizó con posterioridad a la grabación realizada, que dicha prohibición no se encuentra en ningún documento, ya que la misma le fue impartida de forma verbal, manifestaciones que se contradicen, por cuanto uno manifiesta que en efecto la proscripción se encuentra de forma escrita, mientras que el otro afirma que fue una orden verbal, así como que si bien se envió correo electrónico en el año 2017, también lo es, que no se advierte que el mismo se haya puesto en conocimiento del actor, por cuanto tuvo como destinatarios a 4 personas, no más, por lo que no se puede tener como

probada la justa causa para proceder con el despido por la parte actora frente a dicha causal.

Ahora bien, debe indicarse que en efecto las dos causales expuestas por la parte actora en la carta de terminación del vínculo laboral se encuentran debidamente acreditadas, tanto con las declaraciones recepcionadas al interior del proceso, así como, con la diligencia de acta de descargos, de las que se pueden evidenciar la comisión de las mismas por el trabajador, por lo que en principio se podría indicar que en efecto le asistiría razón a la misma para la finalización del contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, debe indicarse que así como la parte actora solicita aplicar el reglamento interno de trabajo para acreditar la comisión de las faltas cometidas por el hoy demandado, también debe aplicarse en debida forma respecto de la escala de faltas que se encuentran dispuestas en el artículo 107 del reglamento interno de trabajo, que dispone:

*"**Artículo 107º-** Las faltas leves: Serán causas leves.*

1. Primera vez, llamado de atención verbal.

2. Por reincidencia

- Memorando Escrito con Copia a la Hoja de Vida.
- Descargos para suspensión de 1 a 3 días, con acta de compromiso.
- Finalización del Contrato de Trabajo. (...).".

Así mismo, en dicho artículo se enuncian la naturaleza de las faltas leves, encontrándose en los dos primeros numerales las definidas como *"1. Desobedecer las órdenes o instrucciones que impartan los superiores jerárquicos"* y *"2. Tratar con irrespeto y descortesía a los compañeros de trabajo y demás personas"*, faltas que le fueron imputadas al trabajador y que no generan la terminación del vínculo laboral de forma inmediata, sino que requiere de la incidencia del mismo y el agotamiento

de la escala de faltas, que en el caso bajo estudio, hubiese generado por la primera de ellas, el llamado de atención verbal y por la segunda, memorando escrito con copia a la hoja de vida, ello por ser reiterativa la conducta del trabajador, en el incumplimiento de las faltas leves a las que se ha hecho mención, por lo que en dicho presupuesto le asiste razón al impugnante en el sentido que no cada falta genera en la primera oportunidad el llamado de atención verbal, sin embargo, como ya se indicó, tampoco se puede finalizar la relación laboral ante el incumplimiento de las faltas leves, ya que estas tienen un procedimiento o escala para la imposición de sanciones administrativas por parte de la empresa, fundamentos por los cuales se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de ambas instancias a cargo de la parte actora; fíjense como agencias en derecho la suma de $600.000,oo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000-2018-00123-01. Proceso Sumario de Saitemp contra Coomeva EPS S.A (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

La sociedad SAITEMP S.A. convocó a COOMEVA EPS S.A para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, el reembolso de las sumas de dinero que debió pagar con recursos propios por concepto de una incapacidad por enfermedad general otorgada a uno de sus funcionarios.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indicó la sociedad accionante en el escrito promotor del litigio, que es una empresa de servicios temporales que para dicho momento contaba con 4360 trabajadores en misión.

Afirmó que el 12 de agosto de 2016 entre otras se presentó la incapacidad del trabajador Juan Manuel Echeverri Rodas la cual se otorgó por el periodo

comprendido entre el 8 y 10 de septiembre de 2014; cuyo pago fue negado por parte de la entidad accionada mediante correo electrónico del 27 de abril de 2016 argumentando la mora por parte del aportante.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 7 de julio de 2016[1]. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

En síntesis, la parte pasiva señaló que la incapacidad del afiliado Juan Manuel Echeverri Rodas se encuentra sin pago porque *"...a la fecha del evento el aportante presenta cartera por cotizaciones de otros cotizantes..."* pues de conformidad con el artículo 21 del Decreto 1804 de 2001 en el evento en que el empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema, le corresponde asumir el pago de la incapacidad.

Agregó que contrario a lo que se indica por parte de la accionante, la incapacidad no fue solicitada el 12 de abril de 2016.

La *aquo* profirió sentencia el 8 de mayo de 2017[2], a través de la cual ordenó a la demandada, proceder con el pago de las incapacidades por la suma de $61.600,oo. Al considerar en esencia de un lado que no se acreditó que la demandada estuviera en mora, que se establecen los requisitos para el

[1] Cfr. Fl 18
[2] Cfr. Fls 27 a 29

reconocimiento de incapacidades establecen el Decreto 806 de 1998 en su artículo 28, el artículo 783 de 2000 en su artículo 9° y el Decreto 1804 de 1999 en el artículo 1999.

Inconforme con la anterior decisión, la demandada a través de su apoderada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Solicita la recurrente se revoque la decisión acogida por la servidora judicial de primer grado y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas en su contra; para lo cual se limitó a indicar, que se ratifica en el argumento que aunque el aportante se ponga al día con la mora que presentó, ello no da lugar al pago retrospectivo de la incapacidad.

Y agregó que no se trata de una arbitrariedad de parte de su representada sino de la verificación de los requisitos esenciales que deben cumplir los aportantes y afiliados para acceder a tal prestación.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, lo mismo que la idea según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien, de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en virtud de lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en el escrito de interposición del recurso, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por el recurrente, ya que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado por la apelante.

En esas condiciones, en tanto el recurrente se limitó a cuestionar la orden de pago de las incapacidades bajo el argumento de que la sociedad accionante se encontraba en mora y que aunque se ponga al día no es procedente el reconocimiento económica de la incapacidad en forma retrospectiva, al análisis de tal aspecto se circunscribe la Sala.

Al respecto corresponde advertir que de acuerdo con la respuesta que la entidad accionada proporcionó en el trámite de la presente acción, la mora a que se hace alusión para el no pago de la incapacidad que se reclama por la sociedad accionante deviene de la mora en el pago de los aportes del afiliado Dayron Alberto Gómez Restrepo respecto del mes de septiembre de 2014.

Para dar respuesta al cuestionamiento que hace la parte recurrente, considera la Sala oportuno recordar que la incapacidad laboral, consiste en una limitación temporal física o mental que le impide al trabajador desempeñarse en la actividad que normalmente desempeña; pero lo importante de esta definición no es el hecho de que el trabajador presente esa inhabilidad, sino la consecuencia o tipo de protección jurídica que el ordenamiento ha dispuesto en favor de la persona que sufre esa limitación.

De esta manera, la legislación laboral consagra el pago de un subsidio, bien sea en cabeza del empleador, EPS o ARL, con lo cual se garantiza que el

trabajador perciba un ingreso económico durante el período de convalecencia, permitiéndole asumir el proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas y, de paso, garantizar la satisfacción de su mínimo vital y la de su núcleo familiar.

Así mismo, en términos generales, se debe precisar que cuando la enfermedad o accidente común genere una incapacidad laboral, con ocasión a la expedición del Decreto 2943 de 2013, ésta debe ser pagada los dos primeros días por el empleador, y del día tres al 180 corresponde en principio el pago a la EPS; precisando que de acuerdo con lo que al efecto establecía el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 en concordancia con el artículo 227 del C.S.T., antes de la entrada en vigencia del Decreto 2943 de 2013, el empleador asumía el pago de los tres primeros días de incapacidad.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, el trámite del subsidio por incapacidad deberá ser adelantado directamente por el empleador ante las entidades promotoras de salud, de manera que aquél tiene la obligación de pagar las incapacidades al trabajador, y luego gestionar ante la EPS el reembolso correspondiente.

En este mismo sentido corresponde tener en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 el pago de licencias por parte del sistema de seguridad social a través de las EPS se sujetó a determinadas reglas entre las que, para lo que interesa al asunto, se encuentra el haber cancelado en forma completa las cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores y que dichos pagos se hayan efectuado en forma oportuna por lo menos durante 4 meses de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

En el asunto, tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, no existe medio de convicción que de cuenta que el señor Dayron Alberto

Gómez Restrepo <<respecto de quien la entidad acusa mora en el pago de las cotizaciones por parte de la accionante frente al periodo en que se reclama el reembolso del auxilio económico por incapacidad>> se encuentre afiliado por cuenta de la sociedad accionante, aspecto que era su carga probatoria en los términos del artículo 167 del C.G.P.

En efecto, a pesar de que con la respuesta a la acción se acompañó misiva que la entidad accionada dirigió a la accionante el 14 de abril de 2015, en la que se informa la suspensión en la afiliación, lo cierto es, que no se señala a que trabajadores y respecto de qué periodos se realiza la referida advertencia.

En todo caso, corresponde a la Sala tener en cuenta que aun en gracia de discusión de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Constitucional ha adoctrinado que la falta de pago de las cotizaciones, por si sola no resulta razón suficiente para negar el reconocimiento de los auxilios económicos establecidos a cargo del Sistema General de Seguridad Social; toda vez que las aseguradoras tienen a su disposición los mecanismos para controlar no sólo la evasión de los aportes sino también, requerir o rechazar los pagos que no cumplan con los requisitos que el ordenamiento jurídico ha diseñado. De esta forma lo señaló en sentencia T-529 de 2017 al reiterar:

> *"...en virtud de la doctrina desarrollada por esta Corporación relativa al "allanamiento en la mora", las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial."*

Bajo tal perspectiva en tanto la negativa por parte de la entidad accionada, se funda en la supuesta mora en el pago de los aportes por parte de la sociedad

demandada frente a uno de sus trabajadores, pero no existe medio de convicción que de cuenta al plenario de dicha situación o del cobro de los aportes que aduce se dejaron de efectuar, no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Bisdo

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000-2019-00526-01. Proceso Sumario de José Oscar Zuleta Vega contra Medicall Talento Humano S.A.S. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

El señor José Oscar Zuleta Vega convocó a la sociedad MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas en su favor por concepto de enfermedades generales y licencia de paternidad, causadas durante los períodos comprendidos entre el 3 y el 5 de noviembre de 2015, entre el 28 y el 30 de diciembre de 2015, licencia de paternidad entre el 19 y el 27 de abril de 2016, incapacidad entre el 28 de abril y el 4 de mayo de 2016, entre el 5 y el 7 de mayo de 2016, entre el 23 y el 25 de mayo de 2016 y entre el 8 y el 13 de junio de 2016. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indica el escrito promotor del litigio, que laboró para la sociedad MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S., prestadora de servicios de salud a VIRREY SOLIS SALUD TOTAL EPS, a partir del mes de septiembre de 2015 y hasta el 15 de junio de 2019; que se presentaron incapacidades para los períodos comprendidos 3 y el 5 de noviembre de 2015, entre el 28 y el 30 de diciembre de 2015, incapacidad entre el 28 de abril y el 4 de mayo de 2016, entre el 5 y el 7 de mayo de 2016, entre el 23 y el 25 de mayo de 2016 y entre el 8 y el 13 de junio de 2016, así como, licencia de paternidad por el período comprendido entre el 19 y el 27 de abril de 2016, para lo cual aportó la totalidad de documentos y soportes necesarios para su reconocimiento, las que no fueron canceladas bajo el sustento que COOMEVA no efectuó el pago de las mismas; que luego de presentadas las incapacidades, se tomó represalias por parte del empleador contra el trabajador, siendo trasladado en la prestación de sus servicios a la sede Virrey Solís Olaya, la que queda a más de 3 horas de su lugar de residencia, sin tener en cuenta su patología de trombosis venosa profunda en miembro inferior izquierdo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 19 de octubre de 2016[1]. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la peticionada dio contestación dentro del término concedido[2].

En síntesis, la parte pasiva señaló que su actuar se ha ceñido por los postulados legales en cuanto al pago de las incapacidades generadas,

[1] Cfr. Fl. 35.
[2] Cfr. Fl. 40/95

teniendo en cuenta, que la obligación del empleador frente a dicho pago, es respecto de los dos primeros días de incapacidad, por cuanto a partir del día tercero, le corresponde el pago a la EPS, entidad respecto de la cual se ha efectuado el término pertinente para el pago de los auxilios por incapacidad, siendo dicha entidad COOMEVA, quien no ha efectuado manifestación, ni pago alguno al respecto, advirtiéndose con ello, la falta de legitimación en la cusa por pasiva de la demandada, al no tener que responder por los conceptos reclamados por el demandante, sino que por el contrario, quien debe sufragar dicho pago es la Entidad Promotora de Salud, entidad que no fue vinculada al litigio, debiéndose configurar un Litis consorcio necesario respecto de COOMEVA. Así mismo, manifiesta que incluso COOMEVA se pudo allanar a cualquier tipo de mora, como quiera que no efectuó dentro del término pertinente, el cobro de aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que por el contrario, recibió el pago de las cotizaciones sin efectuar reparo al respecto.

El aquo profirió sentencia el 28 de diciembre de 2018[3], a través de la cual ordenó a la demandada, proceder con el pago de las incapacidades por la suma de $1.862.944.26, bajo el sustento que el empleador debía proceder con el pago de las incapacidades por todo el tiempo, no obstante, una vez efectuado dicho trámite, debería iniciar el procedimiento correspondiente para obtener el reembolso de tales conceptos.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

[3] Cfr. Fls 47/49

Afirmó el recurrente que no le asiste razón al juez de primer grado, teniendo en cuenta que se desconocieron las obligaciones que tiene COOMEVA EPS en el Sistema General de Seguridad Social y la omisión ante la no declaración de la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la Ley 100 de 1993 obliga a los empleadores a afiliar a sus trabajadores a las Entidades Promotoras de Salud, las que deben proceder con el pago de las incapacidades cuando las mismas sean superior a dos días, ya que estos corresponden al empleador, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, obligación que no puede ser subrogada por el empleador ante la falta de reconocimiento por parte de la EPS. Así mismo, la única obligación que se impone al empleador conforme lo dispone el Decreto 19 de 2012, es efectuar el trámite de la incapacidad ante la EPS, más no proceder con su reconocimiento y pago, quedando a cargo de la entidad de salud, proceder con el pago, más aún, cuando se advierte el pago oportuno de los aportes por dicho concepto, como ocurre en el caso bajo estudio y que puede acreditarse con las planillas de pago al Sistema Integral de Seguridad Social.

De igual, manifiesta que se incurrió en un yerro, al desconocerse la necesidad de la integración del Litis consorcio necesario, por cuanto COOMEVA EPS, es la entidad respecto de la cual recaen de forma directa las obligaciones que se pretenden en la demanda y no la demandada, por lo que debía vincular a la EPS, para poder resolver de fondo.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011, por

medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, lo mismo que lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2008 según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de la alzada.

Observa la Sala, que el accionante acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento de las incapacidades y licencia de paternidad extendidas a su favor por los períodos comprendidos 3 y el 5 de noviembre de 2015, entre el 28 y el 30 de diciembre de 2015, incapacidad entre el 28 de abril y el 4 de mayo de 2016, entre el 5 y el 7 de mayo de 2016, entre el 23 y el 25 de mayo de 2016 y entre el 8 y el 13 de junio de 2016, así como, licencia de paternidad por el período comprendido entre el 19 y el 27 de abril de 2016.

En ese orden de ideas, y como quiera que la pasiva manifiesta que el pago de las incapacidades con un término superior a dos días no pueden ser realizados por el empleador sino que corresponde a la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, que establece:

> *"Parágrafo 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por*

enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.".

Así mismo, el artículo 2.2.3.1 de dicho compendio normativo establece lo correspondiente al pago de las prestaciones económicas:

"Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad. El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la

Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.".

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que en efecto las normas traídas a estudio, establecen que el pago de las incapacidades estarán a cargo del empleador en lo referente a los dos primeros días de las mismas, por cuanto a partir del día tercero, dicho pago correrá a cargo directamente de la EPS, no obstante, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, establece:

*"**ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.*

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.".

Atendiendo la norma anterior, se advierte que la misma establece la obligación del trámite de reconocimiento de la incapacidad en cabeza del empleador a la respectiva EPS, sin que ésta pueda trasladarse al afiliado para la obtención en el reconocimiento, lo que no quiere decir, que dicho pago deba ser efectuado al trabajador una vez la Entidad Promotora de Salud gire tales conceptos al empleador.

Lo anterior, por cuanto el salario percibido es sustituido por el auxilio por incapacidad, esto, para garantizar el ingreso del mínimo vital y cobertura de contingencias del trabajador, por lo que una vez efectuado el pago de

las incapacidades por el empleador, éste debe proceder con el recobro o reembolso del dinero pagado a su trabajador por tales prestaciones, situación que es la que se presenta en el caso bajo estudio, por cuanto el Zuleta Vega continuó prestando sus servicios para la encartada, quien no efectuó el pago de las incapacidades, ni realizó el reembolso respectivo ante COOMEVA EPS, teniendo la obligación tanto de efectuar el pago de las incapacidades, como el recobro de las mismas.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que no es acertada la conclusión a la que arriba la pasiva, en lo concerniente que cuando la EPS niega el pago de las incapacidades, dicha obligación se subroga en cabeza del empleador, por cuanto se reitera, el pago de las incapacidades posteriores a los dos primero días las efectúa el empleador, pero debe iniciar el trámite para el reembolso de los dineros pagados al mismo respecto de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, por lo que no se entiende la subrogación del pago, sino la sustitución del salario mediante el auxilio por incapacidad.

Finalmente, tampoco advierte esta Sala de Decisión la necesidad de la integración del Litis consorcio necesario por pasiva frente a COOMEVA EPS, por cuanto en las diligencias no se reclama el pago de las incapacidades por parte del empleador MEDICALL TALENTO HUMANO S.A.S. respecto de COOMEVA EPS, sino del trabajador JOSÉ OSCAR ZULETA VEGA frente al empleador, y este a su vez, proceda con el recobro de los dineros concernientes a las incapacidades expedidas, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en las instancias.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Ghosts

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000-2019-00573-01. Proceso Sumario de Rubén Darío Márquez Londoño contra Cafesalud EPS S.A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

RUBÉN DARÍO MÁRQUEZ LONDOÑO convocó a CAFESALUD EPS para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, el reembolso de las sumas de dinero que debió pagar con recursos propios por concepto del examen denominado como RESONANCIA MAGNÉTICA DE TÓRAX SIMPLE Y CON CONTRASTE, por la suma de $1.977.700.oo. Pretensión que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indica el escrito promotor del litigio, que cuenta con 54 años y es beneficiario de su compañera permanente Beatriz Elena Durán Vélez

desde el 1° de octubre de 2001; que por antecedentes familiares de Cáncer, procedió a efectuarse exámenes especializados y genéticos al respecto, los que salieron positivos; que a partir del mes de diciembre de 2015 fueron trasladados a EPS Cafesalud, momento en el cual iniciaron los problemas en atención y el servicio de salud; que fue diagnosticado por parte del Grupo de Genetistas de la Universidad Nacional con una patología de herencia autosómica dominante y que deriva entre otras, en cáncer extremadamente agresivo; que con ocasión de la falta de atención brindada en el municipio en donde reside, con recurso propios se dirigió a la ciudad de Cali, a fin de que fuera atendido por especialistas de diferentes experticias, no obstante, varias veces se ha devuelto sin que se brinde la atención adecuada; que el médico tratante Alirio salinas Gómez el 20 de diciembre de 2016, expidió orden médica para realizar el examen de RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA DE TÓRAX SIMPLE Y CON CONTRASTE, en la unidad de imágenes diagnosticas *"DIME"*, la que fue negada por dicha entidad, bajo el entendido que el equipo se encontraba dañado, pero dada la importancia en la práctica del mismo, se le sugirió realizar el examen en otra entidad y solicitar el pago anticipado, sin embargo, la señora Durán Vélez solicitó un préstamo para la práctica del examen por la suma de $1.977.700; que se presentó solicitud de reembolso el 19 de enero de 2017, la que fue negada por el Gerente Zonal de la accionada, bajo el sustento que no hubo una negativa injustificada o negligente por parte de la EPS, aunado, con que la misma afiliada no quiso recibir la atención en CEDICAF; que dadas las condiciones del accionante, requiere de una atención oportuna y sin dilaciones en el manejo de la enfermedad, enfatizando que el 10 de enero se diagnosticó una masa en el riñón izquierdo y un trombo en la vena renal; que para acreditar los abusos recibidos por parte de la EPS, se interpuso tutela para la hospitalización del hoy demandante, sin que se hubiere dado cumplimiento a la orden judicial.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 17 de abril de 2017[1], en la cual se admitió la solicitud en contra de la EPS CAFESALUD y requirió a la Unidad de Imágenes Diagnósticas "DIME", a CEDICAF S.A. y al Centro Médico Imbanaco. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, la peticionada dio contestación dentro del término concedido, manifestando que una vez efectuado el trámite en el área de reembolso, no se advierte solicitud alguna presentada por el peticionario, no obstante, se contradice en dicha contestación, por cuanto manifiesta que la petición no acreditó ninguna de las causales para que proceda el reembolso, ya que no demostró la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada, ni la negligencia por parte de la EPS, para que sea procedente la devolución del dinero reclamado; argumentación que fue planteada en las excepciones denominadas como Inexistencia de Violación a un Derecho Fundamental por parte de Cafesalud EPS, Ausencia del Cumplimiento de los Requisitos Legales que Impiden Efectuar el Reembolso, del Funcionamiento y Responsabilidades de las Entidades Promotoras de Salud en el SGSSS, y la Genérica.

Por su parte, el centro Médico Imbanaco manifestó que realizó RESONANCIA DE ABDOMEN Y TÓRAX el día 7 de enero de 2017, siendo cancelada la prestación del servicio como particular, procediendo con el pago de la suma de $1.977.700, advirtiendo, que el equipo ene l que se realizó el procedimiento funcionaba de forma adecuada.

---

[1] Cfr. Fls 31.

El aquo profirió sentencia el 27 de mayo de 2019[2], a través de la cual ordenó a la demandada, proceder al reembolso de los dineros gastados por el accionante para la atención brindada por la institución particular a afectos de recuperar su estado de salud, en la suma de $1.977.700,oo.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Afirmó el recurrente que el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994 se estatuyó la figura del reembolso, previo el cumplimiento de unos de los tres circunstancias establecidas en la misma, siendo el primero que la atención sea de urgencias en una IPS con la cual no se tenga contrato, segundo, que exista autorización por la EPS para brindar la atención o tercera, que se acredite la existencia de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio por parte de la EPS, no obstante, no se demostró dicho situación en el caso bajo estudio, teniendo en cuenta que si bien es la EPS quien autoriza la prestación del servicio, es la IPS quien presta el servicio de salud y fue la entidad quien negó la práctica del examen requerido, por lo que era dicha entidad quien debería proceder con el reconocimiento de los dineros peticionados.

Así mismo, manifestó que la decisión de la Superintendencia obedeció a un concepto emitido por parte de una integrante del grupo interdisciplinario de la Delegada para Asuntos Jurisdiccionales y de Conciliación, el que no pudo ser controvertido por las partes mediante otro dictamen, más aún, cuando dicha situación no puede ser ordenada

[2] Cfr. Fls 55/58.

por el fallador, sino aportado por las partes. Finalmente, indica que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen una destinación específica, dentro de la que no se encuentra el pago a terceros, y menos aún, cuando no se cumplen con los requisitos necesarios para tal fin.

Con base en lo anterior, la pasiva solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su lugar se absuelva de las pretensiones formuladas en su contra.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, lo mismo que la idea según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de la alzada.

Observa la Sala, que el accionante, señor RUBÉN DARÍO MÁRQUEZ LONDOÑO acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento del reembolso de los dineros que tuvo que sufragar para la práctica del examen denominado como *RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA DE ABDOMEN SIMPLE Y CON CONTRASTE*; intervención que le fue practicada en el Centro Médico Imbanaco, debido a que si bien se remitió para la práctica a la institución DIME

DIAGNÓSTICO MÉDICO S.A., también lo es, que la misma le manifestó que el equipo se encontraba dañado, por lo que tuvo que realizarse dicho procedimiento de forma particular.

Para declarar el derecho en favor del accionante consideró que *"... Así las cosas, es claro que CAFESALUD EPS S.A., expidió la autorización del procedimiento ayudas diagnosticas ordenado por el médico tratante de la red de prestadores, doctor Alirio Salinas Gómez, Cirujano Urólogo, al señor Rubén Darío Márquez de carácter prioritario, debido a su patología de cáncer de testículo izquierdo, pero no quiere ello decir que de su actuación se desprenda una conducta libre de negligencia e ineficacia, toda vez que la sola expedición no garantiza el acceso completo e ininterrumpido a los servicios de salud requeridos por parte del afiliado, pues la EPS, debe responsabilizarse por la prestación efectiva del mismo, sin que se generen obstáculos administrativos que trasladen cargas injustificadas a los usuarios."*.

Así mismo consideró que *"...Por consiguiente, CAFESALUD EPS S.A., incumplió con su deber de aseguramiento en salud, al remitir al paciente a la realización del procedimiento de ayuda diagnostica "Resonancia Nuclear Magnética de Tórax Simple y con Contraste" a un prestador de servicios, UNIDAD DE IMÁGENES DIAGNÓSTICAS "DIME", quien no realizó el procedimiento por encontrarse dañado el equipo, indicándole al paciente que lo realizara de forma particular como pago anticipado y que luego se reembolsaría el dinero (hecho 7 de la demanda); hecho no desvirtuado por la parte demandada; debiendo responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad generada en la prestación de los servicios en salud del afiliado teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en el Plan Obligatorio de Salud."*.

De igual forma agregó que *"... Contera de lo anterior, es preciso señalar que el hecho de expedir una autorización de servicios no exime a la aseguradora de la responsabilidad de garantizar el acceso efectivo a los servicios autorizados, es así, como CAFESALUD EPS no garantizó la accesibilidad y efectividad de la realización del examen ayuda diagnostica; obstaculizando el acceso seguro e ininterrumpido a los servicios de salud requeridos por el afiliado, pues la EPS, debe responsabilizarse por la prestación efectiva del*

mismo, sin que se generen obstáculos administrativos que trasladen cargas injustificadas a los usuarios.

...

Por otra parte, no obra soporte que registre que CAFESALUD EPS ordenó el procedimiento con otro prestador de SERVICIOS.".

Efectuada la anterior reseña, el aspecto siguiente a resolver hace referencia a la inconformidad de la pasiva, según la cual la situación fáctica planteada no encuadra dentro de los requisitos legales para que la EPS proceda a reconocer los dineros sufragados por el accionante porque: i) la atención ofrecida en la IPS particular a la que acudió no podía ser calificada de urgencia, ii) que la EPS ya había autorizado la práctica del examen ordenado; iii) que no se dio oportunidad de controvertir el concepto técnico emitido por parte del profesional de la medicina William de Jesús Cavas Duica y; iv) porque los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen una destinación específica.

Para dar respuesta a tales cuestionamientos, se debe mencionar, que la jurisprudencia constitucional ha sido prolífica en la contextualización y desarrollo doctrinal del derecho a la salud, partiendo siempre de la base, que la salud no es sólo la ausencia de dolencia o enfermedades, sino un estado íntegro de bienestar de la persona, que comprende el aspecto moral, físico y social, concepto que está acorde con la definición que ha adoptado la Organización Mundial de la Salud.

También se debe recordar que ante los hechos que han demarcado la sucesiva y continua vulneración a este derecho, llevaron a que el alto Tribunal constitucional considerara a la Salud como un derecho

fundamental autónomo, tal como se reseñó en la sentencia T-760 de 2008, que sobre este punto indicó que *"...son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo..."*[3]

De otro lado, es preciso señalar que, si bien es cierto, el ejercicio de este derecho se encuentra soportado sobre una estructura administrativa para su funcionamiento, tal situación no puede llegar al punto de convertirse en una barrera para hacer nugatoria la prestación del servicio de salud, lo cual comprende el diagnóstico, los procedimientos o intervenciones quirúrgicas, el suministro de medicamentos o cualquier otro servicio requerido para hacer efectivo este derecho, con mayor razón cuando se trata del servicio de urgencias; de suerte que todo lo relacionado con autorizaciones, cobros, corrección de información, actualización de datos, entro otros parecidos están a cargo de la entidad administradora y no en cabeza del usuario.

---

[3] Cfr, consideración jurídica No. 3.2.1.3

En la aludida sentencia T-760 de 2008, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

> *"(...) Para la Corte 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio. (...)".*

Y en sentencia T-146 de 2011 sobre este mismo tema, indicó:

> *"(...)* ***Los trámites administrativos internos de una entidad no pueden constituirse en una carga para el ciudadano. Reiteración jurisprudencial.***
>
> *En repetidas oportunidades esta Corporación ha señalado que un trámite administrativo interno de una entidad no puede constituirse en una barrera para el disfrute de los derechos de una persona. Las cargas administrativas internas le corresponde soportarlas a la entidad y no al ciudadano. De manera específica, una entidad del sector salud no puede trasladarle sus cargas y confusiones administrativas al ciudadano. Así los señaló la sentencia T-760/08 al indicar que, "Toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que las EPS puedan imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad". En esta oportunidad la Sala reiterará esta regla, toda vez, que la confusión que se suscita a partir de que en el sistema de la entidad aparecen dos personas con el mismo número de cedula, razón por la cual el Instituto ha decidido dejar de prestarle el servicio de salud, es una carga administrativa que compete a la entidad y no a la ciudadana (...)".*

Ahora; para el asunto, debe explicar la Sala, cuál es la definición del término urgencias. La noción se encuentra en el artículo 3° del Decreto 412 de 1992, que dispone lo siguiente:

> *1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*
>
> *2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el*

grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.

Acorde con dichas definiciones, y acogiendo la prohibición de las barreras administrativas por parte de las entidades aseguradoras, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la consideración y posterior atención de una patología que pueda ser catalogada de urgencia, no puede quedar en cabeza del personal que gerencia o administra los recursos de dichos entes, sino en personal calificado para ello, que no puede ser otro que los galenos respectivos.

En ese orden de ideas, considera la Sala que resulta equivocado el argumento del recurrente quien señaló en el escrito de impugnación, que la patología presentada por el actor no se trataba de una urgencia, pues tal como lo refiere la historia médica expedida por el centro de atención CF CEMES CALI de la Clínica ESIMED Cali, en la misma se dejó sentado tanto el motivo de la consulta, como la enfermedad actual, en la que se indicó por dicha institución y su médico tratante *"... PACIENTE CON CUADRO DE CA DE TESTÍCULO IZQ. SEMINOMA HACE 4 AÑOS SE LLEVÓ A ORQUIDECTOMAI ADEMÁS CON ANTECEDENTE DE FAMILIA DE COMPONENTE DE VHLINDAU SE LE HIZO SEGUIMIENTO CON EL UROTAC AUMENTO DE TAMAÑO DEL T RIÑÓN IZQ. SE LE DEBE HACER UNA RESONANCIA MAGNÉTICA NUCLEAR ABDOMINAL Y DE TORAX POR PRESENCIA DE LESIÓN GRANULAR EN REGIÓN PARA HILIAR DER"*.

De igual forma, se advierte que la accionada CAFESALUD emitió la autorización de servicios No. 175146462, mediante la cual remite al paciente a la institución DIME DIAGNÓSTICO MÉDICO S.A., a fin de

que se realizara el procedimiento denominado como *"RESONANCIA NUCLEAR MAGNÉTICA DE ABDOMEN SIMPLE Y CON CONTRASTE"*.

No obstante lo anterior, pese a advertirse la autorización emitida por parte de la EPS parar llevar a cabo el examen ordenado, también lo es, que la parte actora manifiesta que para el momento en que asistió a realizar dicho procedimiento, le fue informado por parte de la institución DIME, que el equipo se encontraba dañado y que por ello, debería realizarse el mismo de forma particular, manifestación a la que no se opone la pasiva, sino que por el contrario, informa que se emitió nueva autorización, que fue rechazada por la señora Beatriz Elena Durán Vélez, no obstante, dicha afirmación no guarda respaldo alguno con un medio probatorio que acredite la veracidad de su dicho, a tal punto, que ni siquiera demuestra lo concerniente con la expedición de la nueva orden médica supuestamente emitida.

Aunado a lo anterior, se advierte que el Dr. Alirio Salinas Gómez en el documento denominado como *Solicitud y Justificación de Insumos y Procedimientos No POS*, manifestó que *"ANTECEDENTE FAMILIAR MÚLTIPLE DE MASA RENAL CA RENAL, LESIÓN ACTUAL"*, tal como se observa a folio 17 del plenario, así como, de forma posterior, el mismo galeno informó en un documento con la misma denominación al ya referido, que *"paciente con masa testicular seminoma en seguimiento... lesión nodular pam hiliar der"*, de lo que se determina, que en efecto el padecimiento del actor era originado ante la evidencia de un posible cáncer renal y testicular, patología con antecedentes familiares con ocasión de una situación genética.

De manera que el caso del actor debía ser considerado una urgencia, pues se trataba de una alteración de la integridad física causada por la existencia de un cáncer de renal y testicular, que como lo señaló el galeno tratante, requería de la atención médica prioritaria; con mayor razón si esa calificación la dio el médico especialista en urología, que son los calificados para determinar si una alteración en la salud de la persona se puede catalogar de dicha forma y no el personal administrativo de la entidad aseguradora.

Por tanto, ante la premura del servicio requerido por el actor y ante la omisión de efectuar el trámite por parte de la accionada que facilitara el cumplimiento de la orden del médico tratante, era plausible la decisión que adoptó el afiliado al sistema de salud, de acudir a un centro particular especializado para que tratara sus dolencias; configurándose de esta manera, tal como lo indicó el aquo, una verdadera negativa injustificada de la aseguradora en la prestación del servicio, que justifica el reembolso del dinero que el demandante tuvo que asumir para garantizar la funcionalidad de su cuerpo; lo cual ubica tal situación en la causal prevista en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[4].

---

[4] **ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

(…)

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

(…)".

De igual forma, debe aclararse que si bien no es tema de discusión la interposición de una acción de tutela para la prestación de los servicios de salud en favor del demandante, también lo es, que ello sirve como antecedente de la forma en la que se le ha venido prestando el servicio de salud, pues ha tenido que recurrir al aparato judicial para que se ordene la atención de sus patologías en un centro médico de nivel 4, lo que demuestra una indebida prestación de los servicios contratados con la EPS.

Ahora bien, debe advertirse que si bien la encartada manifiesta la imposibilidad de controvertir el dictamen rendido por parte del médico adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud, también lo es, que la pasiva no aportó medio de prueba alguno con la que acreditara una situación diferente, de la que se pueda concluir que los padecimientos del actor no eran necesarios o podían ser postergados, sin afectación a su salud, por lo que incumplió con su carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S..

Finalmente, tampoco es dable acoger el dicho de la demandada en el sentido de que los dineros del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud tienen una destinación específica, también debe puntualizarse que el gasto en que incurrió el actor debió ser cubierto en su oportunidad por la aseguradora en salud, situación que se reitera, no fue realizada por la pasiva y que generó el lugar al reembolso.

Así las cosas, se confirmará la providencia apelada. Hasta aquí el estudio del Tribunal.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Sin costas en el recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Poda

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-008-2017-00658-01. Proceso Ordinario de Lilia Neira de Castellanos contra Colpensiones y otros (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos frente a la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la demandada tiene derecho a la devolución de saldos de acuerdo con lo que establece la Ley 100 de 1993, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional a favor de la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello

se ordene a ésta última entidad a reconocer y pagar la devolución de aportes a que tiene derecho de conformidad con la Ley 100 de 1993 y se condene a todas las demandadas a indexar de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus suplicas afirmó en síntesis, que por cuenta de los servicios que prestó en varias empresas de carácter privado, se efectuaron aportes en su favor ante Colpensiones y posteriormente a la AFP Porvenir.

Indicó que también prestó servicios al Magisterio y que en razón a ello el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación.

Que solicitó a la demandada Colpensiones el traslado de los aportes que se realizaron en su favor a la AFP Porvenir, petición que negó al considerar que se había reconocido en su favor pensión de jubilación por parte del Magisterio y que bajo el mismo argumento el Ministerio de Hacienda y Crédito Público negó el reconocimiento de la emisión del bono pensional.

Una vez notificadas y corrido el traslado de rigor las demandadas dieron respuesta a la misma en oposición a las pretensiones. La AFP Porvenir S.A. señaló en síntesis que devolvió la totalidad de saldos que tenía la demandante en su cuenta de ahorro individual y que en relación con el bono pensional a que eventualmente tiene derecho la demandante el aplicativo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público rechaza la solicitud de liquidación provisional. Propuso en defensa las excepciones de compensación, prescripción y bono pensional no emitible.

Mediante providencia del 26 de octubre de 2017, se declaró probada la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario y se dispuso la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que dio

respuesta a la acción en oposición a todas las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que no es posible desde el punto de vista constitucional emitir el bono pensional por los tiempos cotizados al ISS, dada la naturaleza pública de los recursos con los que el mismo se financia. Propuso entre otra la excepción de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación.

La *aquo* condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a poner en disposición de la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir el bono pensional tipo A correspondiente a las cotizaciones realizadas a favor de la demandante ante el extinto Instituto de Seguro Social, al considerar en síntesis que tal derecho sí era compatible con la pensión de jubilación que reconoció el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del vinculado, Ministerio de Hacienda, interpuso recurso de apelación, en el que aduce en síntesis que sí existe una incompatibilidad entre el reconocimiento de la pensión de jubilación que se reconoció por parte del Fondo del Magisterio y el Bono Pensional, si se atiende la fuente de financiación de las dos prestaciones; en tanto de acuerdo con el artículo 121 de la Ley 100 de 1993 éste último se reconoce con cargo a los recursos de la Nación y que de igual manera los aportes de la demandante al Fondo del Magisterio no son suficientes para financiar la prestación de jubilación y en razón a ello, la misma también se financia con recursos del tesoro público.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la Nación acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos que no fueron objeto de recurso.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar en la azada si la demandante tiene derecho a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emita el bono pensional a favor de la demandante por los aportes que se realizaron en su favor ante el extinto Instituto de Seguros Sociales; a pesar de que percibe pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta no es objeto de discusión entre las partes que la demandante no reúne requisitos para el reconocimiento de prestación de vejez conforme con el Sistema General de Pensiones, y que por tal motivo la demandada AFP Porvenir, realizó la correspondiente devolución de saldos.

Así mismo, en tanto, tampoco es objeto de discusión entre las partes que se efectuaron cotizaciones a favor de la demandante ante el Instituto de Seguros Sociales en forma discontinua entre el 1° de febrero de 1978, a juicio de la Sala es claro que al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, en principio tiene derecho a que se le entregue el valor del bono pensional, respecto de dicho periodo

De acuerdo con los anteriores supuestos, corresponde a la Sala determinar si el referido derecho, a recibir el valor del bono penisonal, resulta compatible con la pensión que actualmente percibe la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación por parte de la

Secretaría de Educación de Bogotá, por cuenta de los servicios que prestó como Docente Nacionalizado y que los aportes que registra ante el Instituto de Seguros Sociales, se efectuaron por empleadores particulares.

De acuerdo con los anteriores supuestos, es del caso tener en cuenta, que la pensión de jubilación que reconoció la Secretaría de Educación del Distrito y se encuentra a cargo del Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, no hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social, sino de uno de los denominados régimen exceptuados, conforme con lo previsto en el artículo 279[1] de la Ley 100 de 1993.

En tal virtud, no resultan de recibo los argumentos que expone la recurrente para oponerse al reconocimiento de la pensión de vejez, pues el derecho pensional que le fue reconocido al actor, como Docente, no hace parte del sistema general de pensiones que introdujo la Ley 100 de 1993; criterio que se acompasa con aquel vertido por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL451-2013, en donde acerca de la compatibilidad de las prestaciones reconocidas en los regímenes exceptuados, con aquellas derivadas del sistema general de pensiones adoctrinó:

> *"En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados*

[1] ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida..

al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional."

Ahora bien, aun cuando aduce el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que la incompatibilidad se produce en relación con la fuente de financiación, puesto que tanto la pensión que recibe actualmente la demandante por parte del Fondo del Magisterio, como el Bono Pensional que reclama, se financian con recursos públicos; considera la Sala oportuno señalar que el bono pensional representa en esencia una deuda para financiar una prestación pensional del sistema de seguridad social y que en el asunto corresponde a los aportes que se realizaron a favor de la demandante ante el Instituto de Seguros Sociales.

En consecuencia a pesar de que tanto el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, establecen que la emisión del Bono Pensional se encuentra a cargo de la Nación; lo cierto es que, en los términos del artículo 3° de la última disposición en cita, el mismo representa el "*valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que estuvo cotizando o prestando servicios*".

Por lo tanto, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió sobre el particular la servidora judicial de primer grado, pues sin duda la fuente de financiación de uno y otro derecho es diferente.

No obstante lo anterior, conforme con lo que al efecto prevé el inciso 3° del artículo 16 del Decreto 1299 de 1990, en concordancia con el artículo 17 del mismo conjunto normativo, a pesar de que la emisión del bono se encuentra a cargo de la Nación, Colpensiones deberá contribuir con la cuota parte financiera en relación con los aportes efectuados a favor de la demandante con posterioridad al 1° de abril de 1994; motivo por el que se modificará en este aspecto la sentencia recurrida.

Hasta aquí el análisis de la Sala. No hay lugar a la imposición de condena en costas en esta instancia en razón a que también se asumió el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR el ordinal sexto de la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, para en su lugar, **CONDENARLA** a que contribuya con la parte financiera que le corresponda, en relación con los aportes efectuados a favor de la demandante con posterioridad al 1° de abril de 1994.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Se confirman las de primer grado y sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)
Discutido y aprobado en sesión de la fecha según consta en Acta N° ____

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310503920160025301. Proceso Ordinario de Ana Dela Peña Pico contra Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS y/o Itansuca SAS y Otro. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA,

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de noviembre de 2017, que condenó a la convocada Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS al pago de cesantías e intereses, prima de servicios y vacaciones indexadas, la absolvió de las demás pretensiones y le impuso costas. Absolvió a SNC Lavalin International Inc Sucursal Colombia de todas las pretensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente dejando constancia de los antecedentes en el acta:

ANTECEDENTES:

Ana Dela Peña Pico presentó demanda laboral contra Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS y/o Itansuca SAS y SNC Lavalin International Inc Sucursal Colombia a fin de obtener reajuste de cesantías e intereses, prima de servicios y vacaciones de toda la relación de trabajo indexado, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías.

Para sustentar sus aspiraciones señaló que laboró para las demandadas desde el 5 de julio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2015, cuando terminó por reconocimiento de pensión de invalidez. Que permaneció incapacitada desde el 6 de noviembre de 2013. La liquidación de acreencias laborales se realizó sobre un salario inferior al devengado, y pese a que efectuó reclamación, la empleadora consideró que no se presentó ningún error.

La demandada Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS dio contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentada en que los valores causados y reconocidos a la terminación del contrato de trabajo se liquidaron correctamente. Propuso las excepciones meritorias de prescripción, pago, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

La demandada SNC Lavalin International Inc Sucursal Colombia dio contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentada en que no sostuvo ningún tipo de vínculo con la demandante. Propuso las excepciones meritorias de falta de legitimación en causa por pasiva,

cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

El aquo concluyó que las cesantías e intereses, prima de servicios y vacaciones se liquidan con base en el salario devengado por el empleado antes de entrar en incapacidad, y aunque la empleadora no estaba obligada al pago de primas por cuanto no hubo prestación del servicio ya que la empleada se encontraba incapacitada, por haberlo hecho su reconocimiento debió realizarlo con base en salario devengado, encontrando diferencias a favor de la demandante por dichos conceptos, ordenado su pago indexado. Frente a las súplicas indemnizatorias estimó que la empleadora obró de buena fe al liquidar las acreencias y para ello sostuvo que no existe norma que establezca la forma de hacerlo cuando el empleado se encuentra incapacitado, además el valor de las cesantías de los años 2013 y 2014 fueron consignadas en el monto que correspondía y las del último debían entregarse directamente al empleado. Estimó frente a SNC Lavalin International Inc Sucursal Colombia que no se encontraba inmersa en ninguna de las hipótesis de responsabilidad solidaria previstas en el ordenamiento positivo del trabajo, por lo que impuso su absolución.

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación.

La parte demandante sustentada en que debe ordenarse el reconocimiento de las indemnizaciones, ya que la trabajadora elevó directamente reclamación a la empresa y no tomó las medidas correctivas aduciendo desconocer la ley, sostiene además que, el salario tomado por el juzgado no se ajusta a las pretensiones, ya que los reajustes deben realizarse con el salario que se reporta en la liquidación de acreencias laborales.

La parte demandada Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS sustentada en que no hubo prestación del servicio mientras la trabajadora se encontraba

incapacitada, por tanto no resulta acertado ordenar el reajuste de la prima de servicio, cuando el juzgado estimó que la empleadora no estaba obligada a hacerlo, por tanto no teniendo derecho a esa prestación, debe en su lugar disponerse su compensación junto con los mayores valores encontrados por concepto de cesantías e intereses del año 2014, y en esos términos no había lugar a imposición de condena alguna.

CONSIDERACIONES:

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el análisis de la alzada se contraerá a lo planteado por los recurrentes.

Lo primero que se debe indicar, es que los periodos que permanece incapacitado el empleado no inciden en el reconocimiento de los derechos prestacionales a cargo de la empleadora, considerando que la incapacidad no suspende el contrato de trabajo, al no encontrarse dentro de las causales de suspensión que en forma taxativa consagra el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto ese periodo no puede descontarse o desestimarse para ningún efecto, en aplicación de lo previsto en el artículo 53 de la misma Obra.

Conforme lo anterior, contrario a lo planteado por el impugnante de la convocada Itansuca, el reconocimiento de la prima no puede enervarse prevalido de que la norma establece la prestación del servicio, ya que el contrato de trabajo continúa vigente, de suerte que con él los derechos derivados de su vigencia, y esa situación deviene consecuencia del estado de incapacidad en que se encuentra inmerso el empleado, por tanto aceptarlo, constituiría subvertir el ordenamiento positivo del trabajo que consagra derechos mínimos de orden público y de obligatorio

cumplimiento con carácter de irrenunciables, y en contravía del precepto legal y Superior de favorabilidad, que pugna por la garantía de los derechos de los trabajadores como parte débil de la relación de trabajo, considerando que esta interpretación de la norma es la que resulta más favorable.

En el mismo sentido, tampoco resulta de recibo la manifestación del impugnante de que la empleadora no estaba obligada a reconocer la prima apoyado en la estimación del juzgado en tal sentido, considerando que si bien así lo estimó el juez de primer grado, esa manifestación no sólo resulta contraria a los postulados que orientan la relación de trabajo, sino en contravía de lo considerado por el Máximo juez del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia frente al tema desde hace más de cuatro décadas, pues esa posición la estimó esa colegiatura en época pretérita.

Así las cosas es claro que procede el reconocimiento de la prima de servicios en vigencia y a la terminación del vínculo durante el periodo que permaneció incapacitada la trabajadora.

En relación con el monto del salario que se debe tener en cuenta para la liquidación de los derechos de cesantías e interés, prima de servicios y vacaciones que reclaman reajuste, debe ser el devengado en cada anualidad durante el lapso de la incapacidad, pues contrario a lo estimado por el juzgado, el monto del salario al momento de entrar en convalecencia el empleado, se toma para efectos del reconocimiento de las incapacidades, más no frente a las prestaciones a cargo directo de la empleadora, y en esos mismos términos tampoco le asiste razón al impugnante de la activa, pretender que los reajustes de todo el periodo de las incapacidades se realice con el monto del salario cancelado por la empleadora en el último año de servicios, pues éste sólo aplica para ese periodo. Así las cosas, de la documental que reporta todos los pagos

efectuados a la empleada, se establece que los montos salariales corresponden a $7'182.120.00 para el año 2013, $7'505.310.00 para el año 2014 y $7'850.550.00 para el año 2015.

Una vez verificadas las correspondientes operaciones aritméticas se tiene que los reajustes ascienden a $1'962.676.00 por concepto de cesantías, $176.641.00 por concepto de intereses de cesantías, $4'657.434.00 por concepto de prima de servicios y $4'237.927.00 por concepto de vacaciones.

No hay lugar a compensar suma alguna como reclama el impugnante, ya que la empleadora no reconoció ningún mayor valor por concepto de concepto de cesantías e intereses en el año 2014, considerando que esos valores corresponden exactamente al salario devengado en esa anualidad.

Respecto de la solicitud de indemnizaciones que reclama el impugnante de la activa no tienen vocación de prosperidad, i) porque las cesantías causadas en vigencia del contrato de trabajo fueron consignadas en el término que establece la ley y por el valor del salario correspondiente, y ii) porque las que se generaron a la terminación del vínculo, la empleadora no estaba obligada a consignarlas sino entregarlas directamente a la trabajadora, y si bien se presentó una diferencia a favor de la trabajadora como aconteció igualmente con la prestación de prima de servicios, no se evidencia en esa situación mala fe de la empleadora para disponer el reconocimiento de sanción moratoria, considerando que en verdad la disposición que regula el reconocimiento de prima de servicios admite como interpretación exegeta para su causación, la prestación del servicio, y en relación con las cesantías igualmente admite como interpretación que su reconocimiento se efectúe con el valor correspondiente al de las incapacidades, que en todo caso la empleadora venía reconociendo sin encontrarse obligada y por un monto superior al

legalmente establecido, y en esos términos no puede valerse el impugnante del reclamo previo, para endilgarle mala fe.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, RESUELVE: **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia impugnada y en su lugar **CONDENA** a la demandada ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERÍA SAS, a pagar a favor de la demandante los siguientes valores por los reajustes que en ellos se relacionan, así:

1. $1'962.676.00 por concepto de cesantías.
2. $176.641.00 por concepto de intereses de cesantías.
3. $4'657.434.00 por concepto de prima de servicios.
4. $4'237.927.00 por concepto de vacaciones.

Se **CONFIRMA** en todo los demás la providencia impugnada en lo que fue objeto de inconformidad para los recurrentes. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-014-2017-00332-01. Proceso Ordinario Alejandro Cadavid Villa contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la encartada Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, y que como consecuencia de ello todas las vinculaciones con posterioridad al mes de febrero de 1995 carecen de validez; se condene a la AFP Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información que su afiliación estuvo viciada y a trasladar a Colpensiones la

totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, y a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar su historia laboral incluyendo las cotizaciones que se realizaron en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilio al sistema general de pensiones administrado por el ISS el 8 de septiembre de 1983 hasta el 28 de febrero de 1995.

Indicó que la AFP Porvenir a la cual se trasladó, nunca le informó las implicaciones de trasladarse de régimen, ni tampoco le advirtió en el año 2008 el término máximo que tenía para retornar al RPM.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, prescripción, entre otras.

Por su parte la AFP Porvenir propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a las encartadas de todas las pretensiones reclamadas en su contra, al considerar en esencia que en el asunto no pudo haberse configurado el vicio alegado dado que las condiciones y requisitos de cada régimen se encuentran establecidos en la Ley y en razón a ello, de acuerdo con lo que al efecto prevé el artículo 9° del Código Civil no podía alegar su desconocimiento y que para el momento en que su produjo el traslado de régimen no era factible al realización de un cálculo, pues el valor de la prestación en el RAIS depende de comportamientos fluctuantes en la economía y que además dicha

obligación para ese momento era inexistente, pues se implementó hasta el año 2014.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante solicitó se revoque la decisión de primer grado, y se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial fijado por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia a través de la cual se ha establecido que cuando se debate la eficacia de traslado de régimen como es el caso del demandante en primer lugar le corresponde a las AFP demandadas demostrar y probar que sí asesoraron de forma completa, indicando beneficios e inconvenientes de la decisión; y que en el asunto nunca se le indicaron a su representado, debidamente estos factores a su representado.

Aduce que si a partir del año 2014 se exige a los fondos en el deber de la doble asesoría que realicen las proyecciones, no entiende porque en criterio de la servidora judicial de primer grado no era posible la realización de esas proyecciones antes de la expedición de la Ley.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio

suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos

---

contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Porvenir S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se ha de revocar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen

circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional como lo sería la existencia de un perjuicio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la AFP Porvenir S.A quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.- REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. **SEGUNDO.- ORDENAR** a PORVENIR S.A. a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de primera instancia a cargo de PORVENIR S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de $600.000,oo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-023-2017-00482-01. Proceso ordinario de Cesar Augusto Díaz Salinas contra Gloria Yolanda Gacha Usaquén (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de septiembre de 2018 en la que, para lo que interesa al recurso, declaró la existencia de dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 1° de noviembre de 2012 y el 31 de enero de 2013 y entre el 1° de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2014, por lo que ordenó el pago de las vacaciones de forma parcial ante la declaratoria del medio exceptivo de la prescripción y aportes a pensión en el fondo que escogiera el trabajador y absolvió de los demás pedimentos elevados en contra de la encartada.

ANTECEDENTES:

El señor CESAR AUGUSTO DÍAZ SALINAS convocó a la señora GLORIA YOLANDA GACHA USAQUÉN en su condición de propietaria del establecimiento de comercio denominado como *"Colegio Bilingüe Reino Unido"*, a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistemas General de Pensiones causados en vigencia de la misma, junto con la indemnización moratoria ante la falta de pago de prestaciones sociales, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indexación de la condenas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato verbal el 4 de mayo de 2012 para desempeñar el cargo de mensajero y oficios varios, que se extendió hasta el 25 de septiembre de 2014, pactando un salario diario por la suma de $20.000, teniendo que laborar por 8 diarias e incluso debería prestar sus servicios los días sábados y domingos si se requería efectuar arreglos locativos en la institución, sin embargo no se concedía el día compensatorio; que no fue afiliado a ARL, EPS, pensiones, ni cesantías; que el actor recibió malos tratos de parte del señor Oswaldo Cáceres Arias quien tenía el cargo de director administrativo, los que lo indujeron a renunciar el 25 de septiembre de 2014; que nunca le fueron liquidadas, ni pagadas las prestaciones sociales, por lo que solicitó ante el Ministerio del Trabajo el 25 de septiembre de 2014, no obstante, la representante legal del establecimiento de comercio no asistió a la misma; que se direccionó queja ante el grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de Trabajo por la falta de pago de prestaciones sociales por parte del Colegio, obteniendo como

respuesta por parte de dicha entidad el 15 de octubre de 2015 que se iniciaría la investigación respectivos, sin embargo, mediante auto del 26 de abril de 2016 se dispuso el archivo de la investigación, la que fue notificada personalmente al actor el 13 de julio de la misma anualidad y contra la que no interpuso recurso.

Frente a estas súplicas, el aquo, encontró probada la prestación del servicio por los períodos comprendidos entre el 1° de noviembre de 2012 y el 31 de enero de 2013 y entre el 1° de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2014, no obstante, declaró probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias dejadas de reclamar antes del 17 de agosto de 2014 frente a las prestaciones sociales y respecto de las vacaciones, declaró la prescripción frente a la primera relación laboral, por lo que impartió condena por vacaciones por la suma de $102.666 e impuso el pago de los aportes en pensiones por los extremos de las dos relaciones laborales, para lo cual se debería calcular el mismo conforme con el salario mínimo legal mensual para cada anualidad y absolvió de los demás pedimentos elevados por el actor.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida, a fin que el Superior revoque la sentencia de primer grado. Lo anterior, por cuanto no existió la relación laboral y las fechas de las mismas son supuestas, por cuanto la decisión de primer grado atendió a los testimonios de la parte actora, pero respecto de los cuales se debe precisar que el señor Florentino asistió por cuanto el colegio le quedó debiendo $500.000, mientras que el señor Aldemar Urbina fue contratado por el mismo demandante, pero a quién ni siquiera conocía y por ello no se acredita la relación laboral.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la pasiva, el problema jurídico a resolver consiste en determinar la existencia de la relación laboral deprecada por el demandante, así como lo atinente con los extremos temporales que rigieron la relación laboral.

Corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, al demandante le corresponde acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, para que de allí se presuma la existencia de la relación laboral, para lo cual, la parte actora allegó documento membretado por parte del Colegio Bilingüe Reino Unido[1], en el que autoriza al actor para retirar unas pinturas de la Distribuidora el Imperio, así como un comprobante de egreso de fecha 28 de julio de 2014, mediante el cual se le cancela al demandante su servicio de mensajería por el período comprendido entre el 21 y el 25 de julio de 2014, por la suma de $100.000, con los cuales se podría acreditar en principio la prestación personal del servicio en las fechas a las que se ha hecho mención.

Aunado a lo anterior, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandada, quien manifestó que conoce al actor desde hace más de 30 años, que fue quien arregló las puertas, chapas y temas de cerrajería del colegio por espacio de tres años y que desde hace dos años ya no se requiere sus servicios en la institución educativa, no obstante, se cancelaba de forma inmediata el trabajo, previa presentación de la factura correspondiente. Así mismo, indicó que el señor Oswaldo Cáceres Arias era el director administrativo de la institución educativa y fue él quien utilizó los servicios de mensajería del actor, más no el colegio.

De igual forma, se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que prestó sus servicios a partir del 4 de mayo de 2012 desempeñando el cargo de mensajero y oficios varios, por lo que debió efectuar el mantenimiento de la institución, así como realizar diversas diligencias tales como consignaciones y recepción de diferentes materias primas para desarrollar su trabajo, que se pactó un pago diario por la

[1] Cfr. Fl. 20.

suma de $20.000, cumpliendo un horario de 6 de la mañana, hasta las 7 u 8 de la noche.

Así mismo, se escuchó la declaración del señor Florentino Moreno Quintero quien informó conocer al demandante desde el año 2012 y por ello sabe y le consta que el actor era el mensajero del colegio, por cuanto efectuaba consignaciones, hacía adelantos de dinero y demás vueltas requeridas; que prestó sus servicios en dos ocasiones para el colegio durante el periodo de vacaciones de los alumnos para los meses de noviembre, diciembre y enero de 2012 y 2013, y durante ese lapso el actor prestó sus servicios, incluyendo la apertura del colegio los días de 24 y 31 de diciembre. Que el deponente fue referido para prestar sus servicios en la primera oportunidad por el señor Fernando Urbina y en la segunda oportunidad por parte del hoy demandante y que por ello, el colegio le quedó adeudando la suma de $500.000.

En igual sentido, rindió declaración el señor Aldemar Urbina, quien manifestó que conoció al actor al servicio del colegio en el cual desempeñaba varias funciones entre ellas pintar, efectuar consignaciones y le daban órdenes tanto la dueña del colegio, como el señor Oswaldo Cáceres.

Así mismo, se recepcionó la declaración de la señora Luzmila mancera Camacho quien indicó que conoce al demandante por cuanto tiene una ferretería y realizaba trabajos de cerrajería en el colegio con una periodicidad de una o dos veces al mes, para lo cual una vez efectuado el trabajo se presentaba la factura y se pagaba de forma inmediata. Que lo contrataba Oswaldo y le encomendaba labores de mensajería.

Finalmente, rindió declaración el señor Oswaldo Cáceres Arias quien informó que conoce al demandante por cuanto tiene una cerrajería y prestó sus servicios en varias ocasiones al servicios del colegio y que el mismo lo contrataba para hacer diferentes diligencias personales, por las cuales le pagaba y recomendó sus servicios ante los demás docentes de la institución educativa.

De acuerdo con lo anterior, en efecto se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor, ello conforme con la totalidad de los testimonios escuchados ante el juez de primer grado, pues todos informaron que en efecto el señor Díaz Salinas realizó servicios de cerrajería al interior de la institución educativa, incluyendo, la confesión realizada por la hoy demandada y quien es propietaria del Colegio Bilingüe Reino Unido, por lo que con la acreditación del presupuesto ya mencionada se origina la presunción de la existencia del contrato de trabajo, por lo que la pasiva debe acreditar que el vínculo que los unió no fue uno de carácter laboral.

Frente al anterior presupuesto, la pasiva no logró acreditar la existencia de un vínculo diferente, no obstante, el actor tampoco demostró la prestación personal permanente del servicio respecto del período reclamado, sin embargo, con las pruebas aportadas al interior del plenario, se advierte que en efecto el demandante prestó sus servicios por lo menos para los meses de noviembre, diciembre y enero de los años 2012 a 2013 y 2013 a 2014, respecto de los cuales se declarará la existencia del contrato de trabajo en la forma como indicó el aquo y para lo cual, se debe advertir que no es posible acceder al postulado efectuado por la pasiva referente a que la declaración del señor Florentino Moreno Quintero se rindió tan solo con el ánimo de afectar a la hoy demandada con ocasión de la falta de pago de los $500.000 que se le adeudan, pues

la declaración del deponente fue conteste y acertada a cada uno de las preguntas que se le hicieron.

Así mismo, se enfatiza que las fechas que tuvo por acreditadas el fallador de primer grado no fueron supuestas, sino por el contrario, advertidas del recaudo probatorio adelantado al interior del proceso, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad, sin que se haga necesario un pronunciamiento específico referente a la excepción de prescripción declarada, ni al monto del salario establecido por el aquo, así como a la absolución de los demás conceptos, por cuanto no se efectuó manifestación alguna por los interesados al respecto.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado estarán a cargo de la encartada y sin ellas en segunda instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-028-2018-00115-01. Proceso Ordinario Myriam Rocío Rubio Dueñas contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de mayo de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A. y que como consecuencia de ello no ha existido solución de continuidad en su afiliación al régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de marzo de 1988; se ordene a la AFP Porvenir S.A. a los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro

individual, incluidos los gastos de administración, seguro previsional y comisiones, a Colpensiones, y se condene a las demandada AFP Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales representados en lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilio al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 22 de marzo de 1988 hasta el mes de septiembre del año 2000 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Indicó que los asesores comerciales de la administradora del régimen de ahorro individual al que se trasladó en la información que le suministraron fue tendiente a desprestigiar al entonces ISS indicándole que estaba en crisis y por tanto se iba a acabar, haciendo incierto su futuro pensional y que en el RAIS podría pensionarse en cualquier tiempo, sin indicarle la edad con la que debía contar ni tampoco con el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual.

Afirmó que el 28 de septiembre del año 2017 elevó derecho de petición a Porvenir con el fin de solicitar una proyección pensional comparativa con Colpensiones, así como la nulidad de la afiliación y el reconocimiento y pago de perjuicios ocasionados; a lo cual la AFP dio como respuesta que su mesada pensional en el RAIS estaría sujeta a un monto equivalente al salario mínimo mensual legal vigente en cambio en Colpensiones su ingreso base de liquidación correspondiente al promedio de cotizaciones de los últimos 10 años sería de $2´434.613.oo.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda de forma oportuna oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra. Colpensiones

propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, entre otras.

A su turno la demandada Porvenir S.A. propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, compensación, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable.

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad legal correspondiente.

La apoderada de la demandada Porvenir solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de las súplicas de la demanda, para lo cual aduce en esenia que la obligación de su representada de dejar la constancia escrita de la asesoría brindada a la demandante, únicamente se encuentra consagrada a partir de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del año 2015 y en razón a ello la servidora judicial de primer grado está dando una aplicación retroactivo de la ley al exigir que se adjunten documentos de un acto que se quiere ver inexistente.

Agregó que además se debe tener en cuenta que no se está ante una afiliada al sistema, sino ante una persona que tiene condición de pensionada y en ese

mismo sentido cuando el Despacho sustenta que no se cumple manifestación genérica contenida en el formulario de traslado y que no se puede comprobar cuál fue la información dada, se aclara que en el caso la Corporación a la cual va dirigido el presente recurso en sentencias precedentes ha establecido que en el caso de un pensionado, la información se recibe cuando inicia los trámites y cuando consigue el reconocimiento de la pensión.

Aduce en el mismo sentido que en este caso la demandante cuando inicio sus trámites para pensión demostró que había recibió la información y que además la accionante al absolver interrogatorio de parte indicó que desde el año 1999 estuvo presente en varias asesorías brindadas por su representada y que durante ese tiempo y al momento de su traslado los asesores brindaban constantemente asesorías haciendo comparación de pensiones.

Finalmente, solicita que en caso de que se confirme la determinación de declarar ineficaz el traslado, se ha adicionar la sentencia en el sentido de permitir que su representada descotar los valores asumidos por gastos de administración, pues es la ley la que los consagra, al igual que del valor de las mesadas que le han sido canceladas.

Por su parte el apdoerado de la demandada Colpensiones, manifiesta que se hizo una indebida apreciación de las pruebas recopiladas bajo los presupuestos de las diligencias de interrogatorio y testimonio por cuanto no generaron certeza.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta

Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así determinar si procede ordenar el descuento de las sumas que la Porvenir S.A. retuvo por concepto de administración así como de las mesadas pensionales que reconoció.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas*

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

---

del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral dela accionante, podía materializarse.

Así mismo, debe indicarse que contrario a lo que plantea la apoderada de la AFP Porvenir en esta instancia, el reconocimiento del derecho pensional en modo alguno sanea el vicio que se presentó desde el momento de la afiliación, máxime cuando se advierte que se omitió uno de los requisitos por parte de su representada, en su doble condición de Administradora de Fondo de Pensiones y entidad del sector financiero.

De tal manera que a pesar de que el reconocimiento del derecho pensional se suscita con ocasión de solicitud que presentó la demandante, a juicio de la Sala tal circunstancia en modo alguno libera a la administración del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual se obligación de brindar información clara, veraz y oportuna acerca de las implicaciones del cambio de régimen ni permite plantear su saneamiento con la ratificación, bajo la egida de que se estuviera en presencia de una nulidad de carácter relativo, máxime cuando la alta Corporación del Trabajo adoctrinó que "*que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al*

traslado"[2], lo que de contera pareja la imposibilidad de autorizar el descuento de las cuotas de administración o el valor de las mesada pensionales canceladas.

Por consiguiente, la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, relativa a la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES, por parte de la demandante.

Y frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, ya citada, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la AFP Porvenir S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

Finalmente debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional al demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tienen por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

---

[2] SL4360 de 2019

Finalmente, se reitera, que si bien la apoderada de la encartada AFP Porvenir S.A. pretende que se tenga por acreditado el deber de asesoría con el reconocimiento que desde el año 1999 se brindó a la demandante, lo cierto es que, se reitera no existe medio de convicción que de cuenta de la información que se suministró a la demandante en las condiciones previamente indicadas, razón por la que no es de recibo el argumento que expone en tal sentido la recurrente.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas en esta instancia se encuentran a cargo exclusivamente de la AFP Porvenir S.A..

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, para su tasación inclúyanse como agencia en derecho en esta instancia la suma de $600.000,oo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvamento parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-003-023-2018 00623 01. Proceso Ordinario de Orlando González García contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de junio de 2019; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad por existir engaño y asalto a su buena fe y que como consecuencia de ello Colpensiones lo reciba y afilie como si nunca se hubiera trasladado; se condene a la AFP Porvenir a pagar las sumas adeudadas actualizadas.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 23 de noviembre de 1987 y permaneció en éste hasta el ,es de octubre de 1996 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Aduce que los asesores comerciales de Porvenir S.A. motivaron el traslado en un acoso sistemático en el que le ofrecían beneficios superiores a los que podría obtener el régimen de prima media con prestación definida, como la posibilidad de pensionarse con una mesada pensional más alta y pensionarse sin importar la edad.

Una vez notificadas las entidades accionadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, compensación, buena fe, entre otras.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de la AFP Porvenir S.A., a la que condenó a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante y declaró que para todos los efectos el demandante se entendía afiliado a Colpensiones.

Para arribar a la anterior determinación indicó en esencia que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los fondos privados de pensiones tenían la obligación de brindar al futuro afiliado un información clara, cierta comprensible y oportuna acerca de las características condiciones, beneficios, riesgos y consecuencia del cambio de régimen pensional, y que en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, sin importar si tiene o no un derecho consolidado o si se tiene o no un derecho transicional. Pero que en el asunto la demandada AFP Porvenir S.A. no allegó ningún medio de prueba que diera cuenta del cumplimiento de tal obligación.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, a efectos de que se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva de los pedimentos de la demanda.

Aduce en esencia la recurrente que no existió vicio en el consentimiento del demandante pues se hubiera pensionado de igual forma en el régimen de prima media con prestación definida, en la medida que la mayoría de veces sus aportes fueron sobre el salario mínimo vigente. Y que su representada agotó todos los requisitos que se establecían en ese momento en la Ley.

Solicitó que en caso de confirmarse la nulidad no se descuenten los gastos de administración y de pólizas de seguros porque estos fueron pagados de forma inmediata, porque de hacerse se generaría un enriquecimiento ilícito para Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de las sumas que la AFP Porvenir retuvo por concepto de cuotas de administración y pago de seguros previsionales.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clasede entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse; sin que se requiera para el efecto la producción de algún perjuicio cierto como en la alzada lo plantea la recurrente.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado"*, por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que plantea la recurrente los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la AFP Porvenir S.A quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, lo que de contera torna igualmente inadmisible el planteamiento relativo a la posibilidad de retener el valor de las cuotas de administración y el pago efectuado por seguros previsionales.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias

económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y se confirma la condena impuesta en primera instancia en contra de la misma.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta ecisión.. **SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **TERCERO. - COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de $600.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-039-2016-00272-01. Proceso Ordinario de Yomary Angélica Morales Lovera contra Obiprosa Colombia S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de febrero de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el 24 de agosto de 2009 y el 19 de agosto de 2010 y que el salario promedio percibido ascendió a la suma de $1.933.783, se condene a la demandada al reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, teniendo en cuenta para ello el

verdadero salario devengado, junto con la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., las sanciones contempladas en el artículo 164 del Decreto 663 de 1993, con ocasión de la falta de afiliación de la ex trabajadora al Sistema Integral de Seguridad Social (Salud, Pensión y ARL) y a una caja de compensación y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que inició a prestar sus servicios para la demandada el 24 de agosto de 2009, ocupando el cargo de asistente contable, con horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y un salario básico por la suma de $900.000, más comisión por recaudo de cartera, por lo que el verdadero salario ascendió a la suma de $1.933.783; que fue despedida sin justa causa el 19 de agosto de 2010, pese a prestar sus servicios de forma personal, bajo continuada subordinación y dependencia del empleador, configurándose la existencia de un contrato realidad; que la demandante presentó reclamación ante la demandada el 16 de agosto de 2013, por haberse efectuado de forma errónea la liquidación definitiva de prestaciones sociales, la que fue resuelta el 23 del mismo mes y año de forma negativa; que al momento de realizarse la liquidación final no se tuvo en cuenta el verdadero salario devengado, por lo que se debe el reajuste de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, además de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, así como los intereses moratorios a la tasa máxima permitida a parte de la causación del mes 24; que a la ex trabajadora no se le afilió a fondo de cesantías, ARL, caja de compensación, ni EPS.

La demandada dio respuesta a la acción oportunamente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, adujo en su defensa que no es cierto que la demandante hubiere ingresado al servicios de la encartada, sino

que por el contrario empezó a prestar sus servicios a favor de SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA, siendo usuaria de los servicios de la actora la sociedad OBRIPROSA COLOMBIA S.A., pero en su calidad de trabajadora en misión y bajo los eventos descritos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Así mismos, aceptó lo referente con el cargo que desempeñó la trabajadora en misión, siendo este el de auxiliar contable, al igual, que el salario devengado por la actora correspondía a una suma fija por el monto de $918.000, más un salario variable y el horario en que se desarrolló la labor.

El *aquo* declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el período comprendido entre el 24 de agosto de 2009 y el 19 de agosto de 2010, condenando al reajuste respecto del verdadero salario devengado de las prestaciones sociales y vacaciones, junto con el pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, respecto de la sumas debidas por los conceptos de cesantías y primas de servicio, causadas desde el 20 de agosto de 2010 y hasta que se haga el pago efectivo de dichas prestaciones, no obstante, también encontró probada de forma parcial la excepción de prescripción.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, con el fin de que sea revocada en su integridad la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Sostuvo como argumentos de inconformidad, que la sentencia debe sujetarse al presupuestos contenido en el artículo 281 del C.G.P., que no es otro que el de congruencia, esto por cuanto la decisión debe ajustarse a los fundamentos fácticos planteados en la demanda y en el trámite procesal, para no vulnerarse los derechos de defensa y debido proceso de la demandada, como en el caso ocurre, pues la demandante afirmó la existencia de un contrato de trabajo directo con

la encartada, pero lo evidenciado en el transcurso del proceso, que fue que la actora suscribió contrato de trabajo con una Empresa de Servicios Temporales (EST), que no fue mencionada en ningún aparte de la demanda y que se llegó a tal conclusión, así como a un pago de prestaciones sociales, de acuerdo con el material probatorio allegado y practicado dentro del plenario, más no, a la lealtad procesal de quien dio inició a la acción ordinaria, pues dicho extremo procesal no efectuó manifestación alguna al respecto, por lo que la pasiva tuvo que defenderse de acuerdo al supuesto de lo que pensaba la parte actora, que no era otra cosa que el vínculo directo entre las partes, distinto a lo resuelto por el Juez de primer grado, que fue la defraudación al artículo 77 de la ley 50 de 1990, situación que nunca se puso de presente por la señora Morales Lovera y respecto de la cual no se podía defender la pasiva, ya que de haberse enunciado la defraudación en la forma de contratación con la EST, se hubieren podido presentar los documentos que fueron echados de menos por el aquo, pero que eran de imposible conocimiento, por no haberse reclamado en dicho forma y que afectan el principio de lealtad procesal a partir del mismo escrito de demanda. Aunado a lo anterior, debe advertirse que incluso la parte actora incumplió con la carga contenida en el artículo 167 del C.G.P., que obliga a demostrar los supuestos de hecho en que se fundan sus pretensiones, pues incluso la demandad fue quien dio claridad en la forma de contratación y no así la demandante, ello conforme con el dicho de los interrogatorios de parte y del testimonio escuchado en el trámite de primera instancia, de los que no solo se puede deducir el vínculo que unió a las partes, sino también que en efecto se dio cumplimiento al numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues la testigo fue clara en indicar que hubo un aumento en las ventas y por ello se requirió de la contratación mediante EST de tercero que ayudaran con el recaudo de cartera, aunado con el cambio de software contable de la compañía, lo

que implica no solo un aumento en la producción al tener más ventas, sino también en facturación y otras dependencias de la sociedad, que hacen necesario la contratación de personal en la mayoría de la áreas, incluso en lo atinente con el servicios de mensajería y celaduría, argumentos a los que el Juez no dio valor, pero si al simple cambio de software contable y que originó el vínculo laboral, sin que se hubiere allegado estudio de procedencia alguno para el cambio u otros documentos que acreditaran el dicho de la testigo Bibiana Moreira Salcedo, por lo que debe absolverse del reconocimiento del contrato de trabajo.

Ahora bien, en caso de no prosperar lo anterior, se hace necesario advertir que el cálculo estimado por el aquo para el reajuste de las prestaciones sociales proviene de un tercero que es la EST, quien indica que es un salario promedio, pero no identifica el período respecto del cual se calculó, situación que no ha sido negada por la pasiva en lo referente con la existencia de un salario básico y uno variable por la hoy demandante, pero que no fue demostrado por la actora en la suma de por ella indicada, que ascendía al monto de $1.933.783, por lo que tampoco se podría establecer un pago inferior y por ello se debería absolver de las condenas impuestas.

Finalmente, manifiesta que si bien la aplicación de los intereses de mora era lo correspondiente en el caso bajo estudio, también lo es, que al no existir la condena por las prestaciones sociales, dicho pago sería improcedente, no obstante, también se demostró que la pasiva actuó de buena fe, ya que tal como se contestó la reclamación y la demanda, siempre se puso de presente la existencia de un vínculo laboral con una EST y por ello no se desdibujó la forma en que fue contratada de

conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo que no se puede imponer la condena bajo estudio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Acorde con lo que establece el artículo 66A del C.P.T. y S.S. corresponde a la Sala determinar la modalidad bajo la cual se originó la relación contractual entre las partes y de advertirse la existencia de un contrato de trabajo, determinar si es procedente el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones y la concesión de los intereses moratorios respectivos.

En primer lugar, se advierte que no existe discusión alguna en lo referente a la prestación personal del servicio de la demandante, así como, lo referente a los extremos temporales en que rigió el vínculo contractual y que el salario se encontraba compuesto por una suma fija y un porcentaje variable por recaudo de cartera, situación por la cual no se entrará a discutir dichas situaciones.

De acuerdo con lo anterior, la demandante peticionó se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes, a lo cual se opone la demandada, bajo el sustento que dicha figura no se da en el caso bajo estudio, como quiera que la demandante fue contratada por parte de la empresa de servicios temporales denominado como SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA., y por ello prestó sus servicios a la sociedad encartada, pero como trabajadora en misión.

En ese orden de ideas, se hace necesario remitirnos al artículo 77 de la ley 50 de 1990, que es la disposición que permite el ingreso de trabajadores mediante las Empresa de Servicios Temporales, que disponen:

> *"**ARTÍCULO** 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
>
> *3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.".*

En ese orden de ideas, se advierte que tal como lo indicó el fallador de primer grado, la situación planteada en el presente litigio no obedece a los dos primero numerales de la norma en mención, pues las actuaciones adelantadas por la trabajadora no obedecen a aquellas denominadas como ocasionales, accidentales o transitorias, o para efectuar reemplazo de personal en vacaciones, licencias o incapacidades.

De acuerdo con lo anterior, la tercera posibilidad se circunscribe en la producción, ventas de productos mercancía o su transporte, respecto de lo cual se puede efectuar dicha contratación por un término de 6 meses, prorrogables por otros 6, por lo que desde ya debe indicarse que el término no se superó por parte de la demandada, pues la prestación del servicio por

parte de la señora Yomary Angélica Morales Lovera se dio por el período comprendido entre el 24 de agosto de 2009 y el 19 de agosto de 2010.

Bajo el anterior supuesto, se advierte que no se acreditó por la pasiva con total certeza la existencia del aumento en la producción por parte de la encartada respecto del período en que prestó sus laborales la actora, pues si bien la testigo Bibiana Moreira Salcedo quien en su momento fue Jefe del Área de Contabilidad manifestó un crecimiento en las ventas de la empresa de aproximadamente un año, para el 2009 y 2010, y que por ello se dio la contratación de la hoy demandante, también informó, que la vinculación se dio principalmente por el retraso del recaudo de cartera de la sociedad, ya que por parte del personal de planta de la misma área se estaban encargando del traslado de los sistema contables a un nuevo software, por lo que se requería llevar dos contabilidades simultáneas y ello conllevó al abandono del recaudo de las facturas dejadas de cancelar por parte de los clientes de Obriprosa Colombia S.A., pues el nuevo sistema contable requería de todo los profesionales de planta, lo que advierte que en la forma como lo indicó el fallador de primer grado, no se acreditó el incremento en la producción, ni en las ventas, pues para demostrar tal presupuesto se debió aportar los libros contables respectivos o un balance general con el que se pudiera establecer que en efecto la empresa tuvo un crecimiento para las anualidades ya referidas y por ello la necesidad de un personal adicional, situación que no solo se puede dar tal como lo da a entender la pasiva respecto de la producción, ventas o transporte de mercancía, sino que por el contrario es permitido respecto de la compañía en general, tal como lo indicó el aquo, pero que no puede atender al simple planteamiento que pone de presente la testigo y que menciona dos causas para la vinculación de la demandante, por lo que se ha de entender que en efecto se desdibujó la contratación de la demandante mediante la empresa de servicios temporales y por ello se materializó la existencia de un contrato

realidad entre las partes por el período comprendido entre el 24 de agosto de 2009 y el 19 de agosto de 2010.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la lealtad procesal y el estudio extra o ultra petita que indicó el apoderado de la pasiva efectuó el fallador de primera instancia y que permitió el estudio de la forma de contratación mediante la EST, que aduce va en contra del principio de congruencia, debe indicarse que fue la misma demandada quien indicó que el vínculo de la demandante se dio por intermedio de la empresa SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA., y que la contratación se dio en debida forma, pues así se expuso en la contestación de la demanda, especialmente en la contestación brindada al hecho primero, en el que se indicó:

> *"**Respuesta:** No es cierto. En la fecha mencionada la demandante ingresó a laborar a la empresa de servicios temporales denominada SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA. Mi representada OBIPROSA COLOMBIA S.A. fue usuaria de los servicios de SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA para los eventos previstos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y en desarrollo de esa relación contractual esta última le suministró personal en misión, dentro del cual estuvo la demandante. Esta última fue entonces trabajadora en misión de SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA. conforme al artículo 74 de la Ley 50 de 1990 y en tal condición fue enviada a las dependencias de mi representada. Conforme a todo lo anterior OBIPROSA COLOMBIA S.A. no fue empleadora de la demandante.".*

En ese orden de ideas, y dado que la misma demandada adujo que la vinculación de la demandante se originó por intermedio de SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA., en calidad de trabajadora en misión y que se dio en los eventos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, debió acreditar tales presupuestos, respecto de lo que se puede indicar que tan solo se demostró lo atinente con la existencia del contrato de la demandante con Sinergia Trabajo Temporal Ltda., que además fue

aportado por la demandante, pero se reitera, no se acreditó el aumento en la producción, situación que no puede pasarse por alto ni por el fallador de primer grado, ni por esta Sala de Decisión, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado frente al concepto estudiado.

Ahora bien, frente a la forma en que se obtuvo el salario de la ex trabajadora para determinar el cálculo de las prestaciones sociales y vacaciones, debe indicarse que no fue un hecho debatido la existencia de un salario básico, más un porcentaje de comisiones por recaudo de cartera, que incluso la misma demandada afirmó percibió la ex trabajadora, debe indicarse que tal y como se encuentra a folio 7 del plenario, la EST SINERGIA TRABAJO TEMPORAL LTDA., expidió certificación en la que informan que la hoy demandante devengó un salario por la suma $918.000, más un promedio de comisiones por el monto de $383.952 y unos gastos de representación por la suma de $410.740, por lo que debe atenderse dicha certificación, sin que sea posible acoger lo dicho por la pasiva referente a que no se puede establecer tales conceptos, pues la certificación la expidió un tercero y que no se probó los valores respecto de los cuales se determinó el mismo, pues, la demandada no acreditó el porcentaje de comisiones que pagó a la ex trabajadora así fuera por intermedio de la Empresa de Servicios Temporales, ni un monto diferente al determinado por el fallador de primer grado, por lo que se mantendrán las condenas impartidas por el aquo, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente con la excepción de prescripción declarar en primer grado.

Finalmente, tampoco le asiste razón al impugnante en lo referente a que se debe absolver por los intereses moratorios ante la acreditación de la buena fe por parte de la demandada, pues si bien se mencionó en la reclamación administrativa y en la contestación de la demanda, que la actora estuvo

contratada por intermedio de la EST, por lo que se advierte la debida actuación de la encartada, sin embargo, no por mencionar el hecho de la vinculación de la demandante, por ello se pueda indicar la materialización de la buena fe, pues, tal y como se indicó en precedencia, se desdibujó la contratación mediante Empresa de Servicios Temporales, para no efectuar la contratación de forma directa con la hoy demandada, aunado, con que no aportó medio de prueba alguno del que se pudiera inferir el contrato ni de trabajo, ni civil que se llevó a cabo entre las sociedades, por lo que se debe mantener la condena impuesta y por ello se debe confirmar en su integridad la decisión de primer grado.

Hasta acá el análisis de la Sala. Costas de primer grado a cargo de la parte demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. Costas de primer grado a cargo de la demandada y sin ellas en el recurso de alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-024-2018-00105-01. Proceso Ordinario de primera instancia de Claudia Patricia Martínez González contra Colpensiones y otros. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante y de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de Agosto de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no haya sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 28 de diciembre de 1967 por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 50 años, empezando su vida laboral el 1° de septiembre de 1992 afiliándose al Instituto de Seguros Sociales, hasta febrero del 2001, momento para el cual cotizó un total de 462 semanas; que en noviembre del 2001, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sociedad que no le informó acerca que la mesada pensional dependía del capital ahorrado, ni cuanto era mismo, así como, que el derecho pensional quedaría sujeto a la expedición del bono pensional hasta el 28 de diciembre de 2027, ni tampoco lo concerniente con las desventajas del RAIS, ni del plazo máximo en el cual podría efectuar su traslado; que en los formularios de afiliación suscritos con Porvenir S.A. no tienen mayor información, ni indican la situación pensional de la actora; que se obtendría una mesada pensional al 28 de diciembre de 2024 ene l RAIS por la suma de $2.065.419, mientras que en el RPM ascendería a la suma de $10.297.165, de acuerdo con dictamen pericial; que solicitó ante Porvenir S.A., el cálculo de la mesada pensional a la edad de 57 años, obteniendo como respuesta, una mesada pensional por la suma de $1.475.800; que elevó solicitud de nulidad de traslado ante las demandadas, obteniendo como respuesta, que no es posible efectuar dicho trámite, como quiera que la demandante se encuentra a menos de 10 años para obtener la edad para el derecho pensional.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la nulidad del traslado efectuado por la accionante de Colpensiones a la AFP Porvenir S.A., ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que el fondo privado le suministro la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era el más favorable, junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, disponiendo que Colpensiones reciba los montos trasladados, de conformidad con el pago de los aportes mensuales efectuados, pero descontando las cuotas de administración y de seguros que en su momento descontó PORVENIR S.A.

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación contra la decisión proferida, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque o se modifique la adición de la sentencia, en el sentido de que debe generarse la devolución de las cuotas de administración, así como el capital correspondiente a los seguros, por cuanto según la sentencia SL 1421 de 2019 los aportes se deben devolver en su totalidad sin descuento alguno.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones coadyuva el recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora, ya que se debe efectuar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, no solo lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, sino la totalidad del aporte efectuado, conforme lo disponen las sentencias 17596 de 2017, SL 4981 de 2018 y SL 1421 de 2019, por lo que solicita se modifique la decisión de primer grado en este sentido.

Finalmente, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelva de las pretensiones de la demanda, porque según la entidad demandada la línea jurisprudencial con respecto del buen consejo es posterior al acaecimiento del traslado que se efectuó en el año 2001, por tanto para el momento del traslado no había más exigencia legal que el formulario de vinculación de carácter documental, siendo desproporcional para su representada comprobar la inexistencia de un vicio del consentimiento, cuando en el momento no habían más requisitos legales para el traslado de régimen pensional, aunado, a que como no se acredito una expectativa legitima no debe aplicársele la línea jurisprudencial de forma retroactiva, pues no hubo un perjuicio al momento del traslado, además de que no debe resultar el interrogatorio de parte a favor de la demandante pues confesó que no recordaba las asesorías y que ya reconocía los requisitos del régimen de prima

media por tanto siempre conto con la intención de permanecer en el régimen privado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida Al régimen de ahorro individual con Solidaridad, ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *"la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado"*, por lo que se ha de modificará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al

tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, por cuanto quien generó la nulidad fue la propia administradora de pensiones privada y quien debe acarrear con los perjuicios de la decisión y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, por lo que se revocará la adición de la sentencia proferida.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias únicamente a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la **ADICIÓN** de la sentencia proferida, en el sentido, que dentro de las sumas a devolver por parte de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no podrá efectuar descuento alguno, correspondiente a cuotas de administración o seguros de cualquier índole, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR** el numeral **SEXTO** de la decisión proferida, en el sentido de condenar en **COSTAS** de ambas instancias únicamente a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvamento parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-009-2015-00858-01. Proceso ordinario de Marcela Eulalia Barón Cortés contra el Fondo de Empleados del Congreso (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la encartada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de enero de 2018.

ANTECEDENTES:

La señora MARCELA EULALIA BARÓN CORTÉS convocó al FONDO DE EMPLEADOS DEL CONGRESO, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012, que fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por la demandada y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de la liquidación de prestaciones sociales durante la

vigencia de la relación laboral, la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, teniendo en cuenta para ello la totalidad de tiempo laborado al servicio de la encartada, así como, se condene al pago de los aportes en pensión, junto con los intereses moratorios y el cálculo actuarial exigido por Colpensiones por los períodos comprendidos entre el 1° de agosto de 1988 y el 1° de agosto de 2007, el ciclo de octubre de 2007, los ciclos de junio y diciembre de 2009 y las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que laboró al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo verbal, en jornada de medio tiempo por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012, desempeñando el cargo de contadora y devengando como salario la suma de $2.086.500; que mediante documento se le informó acerca de la terminación unilateral y sin justa causa el día 30 de mayo de 2012; que en la liquidación final de prestaciones sociales se debió tomar los extremos temporales de la relación laboral, no obstante, se efectuó la liquidación teniendo en cuenta el período comprendido entre el 1° de enero de 2011 y el 30 de mayo de 2012, la que tuvo como último salario la suma de $2.086.500 y que generó una liquidación de prestaciones sociales por el monto de $2.651.594 y se canceló la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por la suma de $2.666.061, pagando como liquidación final el monto de $5.317.655; que la demandada al momento de efectuar la liquidación final de prestaciones sociales y pago de la indemnización por despido, no tuvo en cuenta la totalidad del tiempo laborado; que revisada la historia laboral expedida por Colpensiones, se denota que no se efectuaron pago para dicho riesgo para los ciclos del 1° de agosto de 1988 y el 1° de agosto de 2007, octubre de 2007, y junio y diciembre de 2009.

Frente a las súplicas, la aquo, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y la encartada por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012, condenando a la demandada al pago de los aportes en pensión para los ciclos de agosto de 1988 y el mes de agosto de 2007, octubre de 2007, junio y diciembre de 2009, junto con la indemnización por despido sin justa causa por la suma de $62.935.045, la que debería sr debidamente indexada al momento de su pago y absolvió de las demás pretensiones elevadas contra la demandada.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto la falladora declaró la existencia de la relación laboral por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012, sin tener en cuenta que la relación laboral generada entre el 1° de agosto de 1988 y el 31 de diciembre de 2010 fue debidamente liquidada y pagado el monto correspondiente a la cesantías, situación que puede ser verificada con la carta presentada por la demandante el 31 de diciembre de 2010, en la que solicita le cambio de régimen de cesantías. Aunado a lo anterior, por cuanto si bien se imparte condena para el pago de aportes en pensiones, también lo es, que se desconoció que fue por manifestación de la propia trabajadora quien solicitó que no se efectuara el descuento por dicho concepto, situación que se advierte de la carta realizada por la revisora fiscal de la compañía señora Blanca Nieves Barrios, quien solicita una autorización autenticada en la que manifestara la razón por la cual nos e debía efectuar el descuento establecido en la Ley, carta en la que se refiere a la situación de la actora y que además, guarda relación con los testimonios rendidos por la señora Yolanda Guerrero quien era auxiliar contable, Claudia

Cortés quien era la que giraba los cheques y Jackeline Nomelín, quien entregaba los mismos y manifestaron que fue por la propia boca de la demandante, quien solicitó no se efectuara el descuento para el Sistema General de Pensiones, los que no debe ser desconocidos en la sentencia.

Finalmente, manifiesta que tampoco encuentra razón para la condena a la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que la liquidación del primer contrato se dio por autorización expresa de la demandante, por lo que se deben revocar la totalidad de los numerales que impusieron declaraciones y condenas en el presente litigio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la prestación personal del servicio de la demandante, así como los extremos temporales de la misma y el último salario devengado, el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, se circunscribe en determinar si la relación laboral se mantuvo bajo una única relación laboral o si por el contario, tal como lo manifiesta la demandada, se rigió por dos relaciones laborales diferentes, y de encontrarse acertado el segundo postulado, establecer si hay o no lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Así mismo, establecer si con la autorización emitida por la demandante, es factible que no se realice el descuento para el Sistema General de Pensiones.

De acuerdo con lo anterior, se observa a folio 4 del plenario certificación emitida por el Fondo de Empleados del Congreso, en la que se establece

que la demandante ingresó a laborar al servicio de la encartada el 1° de agosto de 1988, mediante contrato de trabajo a término indefinido, teniendo como salario la suma de $1.893.214, la que fue expedida el 16 de diciembre de 2010.

Así mismo, se encuentra documento en el que se le informa a la señora Barón Cortés la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador a partir del 30 de mayo de 2012, por lo que bajo el anterior presupuesto, se advierte que en efecto la existencia del contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012.

No obstante, la accionada manifiesta que la relación laboral se rigió por dos contratos de trabajo, el primero de ellos comprendido entre el 1° de agosto de 1988 y el 31 de diciembre de 2010 y el segundo, entre el 1° de enero de 2011 y el 30 de mayo de 2012, aclarando, que la primera vinculación se terminó por renuncia o manifestación expresa de la demandante, tal y como consta de la carta de fecha 31 de diciembre de 2010, por lo que se hace necesario remitirnos a dicho escrito que se encuentra visible a folio 52 del plenario y en el que la demandante informó:

> *"Yo, MARCELA BARÓN CORTÉS, identificada con cédula de ciudadanía número 51.553.592, en calidad de trabajadora del FONDO EDUCATIVO DE AHORRO Y SERVICIO SOCIAL DE LOS EMPLEADOS Y SERVIDORES PÚBLICOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA – FEASSEC; manifiesto que es mi deseo, cambiarme del sistema tradicional de Cesantías a la Ley 50 de 1990.*
>
> *Favor cancelarme las cesantías en el menor tiempo posible.".*

De acuerdo con el escrito anterior, se advierte que el documento que manifiesta la encartada dio terminación al primero contrato de trabajo y que según ésta la mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, no se ajusta a la realidad, por cuanto en dicho escrito, la demandante no informa su deseo de terminar la relación laboral que ostentaba con el Fondo de Empleados del Congreso, sino que por el contrario, en uso de la potestad otorgada por el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990[1], decidió trasladarse al pago de cesantías anuales que establece la normatividad en mención, lo que no implica de forma automática la terminación de la relación laboral y el comienzo de una nueva, ya que el vínculo contractual se mantiene y la única modificación que sufre es la forma como se liquida y paga el auxilio de cesantías, por lo que en efecto tal como lo indicó la falladora de primer grado, la relación laboral se generó bajo un único contrato por el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 2012.

Bajo el anterior presupuesto y como quiera que la demandada se oponía al pago de la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, bajo el mismo fundamento de la existencia de dos relaciones laborales y como quiera que la misma la rigió un solo contrato de trabajo, se confirmará la decisión de primer grado frente a los conceptos estudiados, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente al cálculo de la

---

[1] *Auxilio de cesantía.*

ARTÍCULO 98.- El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

PARÁGRAFO.- Reglamentado parcialmente por el Decreto 1176 de 1991. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.

indemnización determinada por la aquo, como quiera que dicha suma no fue objeto de reparo o contradicción alguna por la parte interesada en el recurso de apelación.

Ahora bien, en lo atinente con el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, se advierte que la pasiva se opone a dicha condena, bajo el sustento que la demandante fue quien solicitó no se efectuaran los descuentos respectivos para las contingencias de la invalidez, la vejez y la muerte y por ello, fue que la revisora fiscal señora Blanca Nieves Barrios Mendoza solicitó información al respecto, para lo cual se hace necesario transcribir el numeral 7º del documento de fecha 7 de febrero de 2006, en el que la mencionada señora manifestó:

> *"7. Con respecto a la pensión, favor hacer llegar al Fondo de Empleados en el menor tiempo posible, una autorización autenticada donde nos mencione el por qué no debemos descontarle por nómina este rubro como lo mención la Ley"*

Aunado a lo anterior, debe indicarse que las testigos Yolanda Guerrero Alvarado, Claudia Cortés Gutiérrez y Jackeline Nomelín González, afirman que en efecto fue la demandante quien elevó la solicitud de no descuento para el concepto de pensiones, no obstante, las mismas no refieren una fecha siquiera cercana en la que la demandante le informó tal situación a su empleador.

Al respecto, debe indicarse en primer lugar, que el documento al que hace referencia la demandada no indica de forma alguna que quien presentó la solicitud fuere la señora Marcela Eulalia Barón Cortés, toda vez, que si bien la carta se dirige a la misma, en ella se emiten una serie de recomendaciones para la presentación de los informes requeridos por la Superintendencia de Economía Solidaria y en el que se refieren entre

otros, unificar nombres y números de cédula de los asociados, el balance general depurado, así como la naturaleza de las cuentas débito y crédito sin valores negativos, por lo que no puede deducirse que la petición fuere elevada directamente por la trabajadora, por lo que no se puede imputar dicha manifestación a la ex trabajadora.

Ahora bien, en gracia de discusión y de atenderse que dicha manifestación fue efectuada por la demandante y en atención a las declaraciones rendidas dentro del proceso, debe indicarse que en principio dicha excusa sería válida respecto de las cotizaciones posteriores al 7 de febrero de 2006 y no respecto de las causadas entre el 1° de agosto de 1988 y el 6 de febrero de 2006, sin embargo y pese a lo anterior, debe enfatizarse que la Ley 100 de 1993 en su artículo 22[2], establece la obligación del empleador de efectuar los descuentos a sus trabajadores para las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, e incluso, manifiesta que el empleador debe responder por la totalidad del aporte, en el evento en que no hubiere efectuado el descuento respecto de su trabajador, situación que es la que ocurre en el caso bajo estudio, ya que incluso de existir la autorización de no descuento de dicho aporte por la demandante, la que no se advierte dentro del plenario y que no fue allegada por la demandada, era ésta última, la que debía efectuar el descuento en pensiones por ministerio de la Ley, sin que tuviese importancia alguna la solicitud de la hoy demandante, por cuanto la

---

[2] ***ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.*** *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

obligación de pago de dichos aportes se establece en la Ley y por ello el empleador, debe correr con la sanción correspondiente, que no es otra que proceder con el pago de las cotizaciones dejadas de efectuar en favor de la señora Barón Cortés, por los periodos respecto de los cuales se impartió condena por la falladora de primer grado, como quiera que estos no tuvieron reproche alguno, referente a los ciclos de cotización echados de menos, fundamentos por los cuales se confirmará la sentencia proferida.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo dela demandada

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de ambas instancias a cargo de la demandad; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-032-2018-00497-01. Proceso Ordinario de Gilberto Morales Torres contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a reliquidar la pensión de vejez otorgada a partir del 5 de julio de 1988, calculando en debida forma el IBL, indexando los salarios tenidos en cuenta y aplicando la tasa de reemplazo correspondiente, respecto de las densidad de semanas realmente cotizadas, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios contemplados en el artículo

141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de la sumas adeudadas y las costas del proceso.

Como sustento de dichas súplicas, señala el libelo que cotizó para el ISS un total de 785 semanas, hasta el 5 de mayo de 1993; que le fue reconocida pensión de vejez mediante resolución No. 11606 del 18 de noviembre de 1988, conforme lo dispone el Decreto 3046 de 1966, en la que se tuvo en cuenta un total de 535 semanas, un IBL por la suma de $61.037, una tasa de reemplazo del 45% y se otorgó una mesada pensional por el monto de $27.466; que el ISS no calculó el IBL en debida forma, por cuanto no indexó los salarios sobre los que se cotizó, por lo que se obtendría un salario base superior, así como una tasa de reemplazo mayor a la otorgada de forma primigenia; que presentó ante Colpensiones solicitud de revocatoria directa del acto administrativo el 29 de enero de 2019, que la fue negada mediante resolución SUB 47934 del 26 de febrero de 2018.

El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de la demandada, por cuanto el actor solicitó se reconocería el derecho conforme con el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que no se encontraba vigente al momento en que se otorgó el derecho pensional, por cuanto la normatividad vigente era la contemplada en el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 226 del mismo año, por lo que no era procedente la solicitud efectuada. De igual forma, manifestó que las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento de la prestación no podían ser tenidas en cuenta, como quiera, que la concesión del derecho supone o erige como conclusión la desafiliación del Sistema General de Pensiones y su correspondiente obligatoriedad de cotización, por lo que lo procedente era la devolución de los aportes cancelados con posterioridad al reconocimiento del derecho pensional. Finalmente, indicó que tampoco era procedente la indexación en lo referente al IBL, por cuanto no se encontró

cálculo alguno diferente a la afirmación de la demandante en cuanto a un indebido computo de los mismos y por cuanto efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, arrojaba el mismo monto determinado por el ISS.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su se conceda la reliquidación peticionada. Lo anterior, por cuanto si bien existen semanas cotizadas con posterioridad al acto administrativo que reconoció el derecho, también lo es, que las mismas fueron cotizadas y tenidas en cuenta para financiar la prestación, ello atendiendo el objeto solidario del sistema de prima media, semanas que fueron cotizadas en el período comprendido 11 de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 1993, equivalente a 250 semanas, las que al ser computadas mejoran la pensión por la densidad de semanas cotizadas y su tasa de reemplazo, reajuste que se debe dar a partir de la última cotización, otorgando por consiguiente el retroactivo pensional a que haya lugar, para lo cual se deberá establecer la prescripción trienal de los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., bajo el entendido que lo que prescribe son las mesadas pensionales dejadas de reclamar, más no el derecho pensional. Así mismo, solicita se revoque la condena en costas, al concederse la reliquidación peticionada.

CONSIDERACIONES:

A efectos de verificar si efectivamente el demandante es acreedor a la reliquidación de pensión de vejez, se debe indicar que en el proceso no fue objeto de discusión la calidad de pensionado que ostenta el actor y que quedó acreditado con la Resolución 11606 del 18 de noviembre de 1988, mediante la cual el ISS le reconoció pensión de vejez al demandante, a partir del 5 de julio de 1988, en cuantía inicial por la suma de $27.467, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3041 de 1966.

En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en definir si es posible acceder a la reliquidación de la pensión de vejez a efectos de modificar la tasa de reemplazo, teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la concesión del derecho pensional; y de encontrarse probado el anterior supuesto, proceder con el estudio de los intereses moratorios y la indexación deprecada.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme con el Decreto 3041 de 1996, que aprobó el Acuerdo 226 de la misma anualidad, se encuentran establecidos en el artículo 11 de dicho compendio normativo, y establece para el caso de los hombres, tener 60 años o más y haber cotizado 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensión o 1000 semanas en cualquier tiempo, presupuestos que fueron demostrados por el actor en su momento, por cuanto cumplió los 60 años el 7 de abril de 1987 y cumplió con el segundo requisito, pues cotizó un total de 535 semanas, situación que no se discute.

Ahora bien, se advierte que el derecho pensional fue reconocido por el extinto ISS mediante resolución No. 11606 del 18 de noviembre de 1988, previa solicitud que elevare el actor el 5 de julio de la misma anualidad, tal y como se observa del formato denominado como *"SOLICITUD DE PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR VEJEZ"*, que reposa en el expediente administrativo visible a folio a folio 52 del plenario, concediéndose el derecho pensional a partir de la misma data en que se elevó la solicitud, teniendo en cuenta un IBL por la suma de $61.037,67 y otorgando una mesada pensional por el monto de $27.467, junto con un retroactivo pensional por la suma de $173.700, como monto neto a pagar.

No obstante lo anterior, se advierte que el señor GILBERTO MORALES TORRES continuó efectuando aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales por el período comprendido entre el 11 de agosto de 1988 y el 30 de mayo de 1993, tal como se advierte de la historia laboral de folio 48 del plenario y que son las que el actor echa de menos en el reconocimiento de su derecho pensional.

Al respecto, debe indicarse que si bien la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha permitido el cómputo de semanas posteriores a la reconocimiento de una prestación, también lo es, que tal situación se deriva tan solo del reconocimiento del derecho pensional, más de una reliquidación que se pretenda respecto del mismo, como ocurre, cuando se concede la indemnización sustitutiva, pero el afiliado continúa cotizando, hasta obtener la densidad de semanas suficientes para el derecho pensional, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Frente al problema jurídico planteado, debe indicarse que la reliquidación que se pretende por el actor no es procedente, ni siquiera en aplicación del principio de favorabilidad expuesto por dicha extremo procesal, ya que las cotizaciones fueron efectuadas de forma posterior al reconocimiento del derecho pensional, momento en el cual el actor no tenía obligación alguna de realizar aportes al Sistema General de Pensiones y que impiden el aumento tanto de la tasa de reemplazo, como de un mayor valor de la prestación, teniendo en cuenta que se debe diferenciar entre afiliado y pensionado, por cuanto el primero de los mencionados, pese a contar con los requisitos de causación del derecho, continúa cotizando al Sistema para mejorar el eventual derecho que tuviere, mientras que el segundo ya no solo cuenta con los requisitos de causación, sino que además, está percibiendo el pago de la prestación por el reclamada.

Al respecto, ha tenido oportunidad de pronunciarse la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado No. 41016 del 9 de septiembre de 2015, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que se indicó:

> *"Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continua cotizando-- la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, cuya lectura, gramatical, sistemática, teleológica o finalista, no admite excepciones, pues en términos generales la condición de pensionado y de afiliado simultáneamente son incompatibles, sobre todo cuando de una u otra condición se pretende la misma prestación de vejez. Ese propósito normativo, está reiterado en el artículo 35 del citado acuerdo, que dispone el pago de las pensiones por mensualidades vencidas, «previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso», previsión que no contenía el Acuerdo 224 de 1966".*

No obstante lo anterior, se advierte que si bien el Acuerdo 224 de 1966 no traía tan marcada la distinción entre el afiliado y el pensionado, en el artículo 18 del dicho compendio normativo, establece una prohibición para el pago de la mesada pensional, en la siguiente forma:

> *"**ARTICULO 18.** Cuando el pensionado de invalidez o de vejez tenga otras remuneraciones salarios o pensiones derivados del trabajo para un patrono, no podrá percibir del Seguro Social Obligatorio por concepto de la pensión a cargo de éste, sino la diferencia entre el monto de la remuneración, salario o pensión obtenido por tales concepto y el valor del salario mensual de base sobre el cual el instituto computó su pensión.".*

En ese orden de ideas, se advierte que en el caso del actor, el mismo no podía percibir tanto el salario devengado por parte de la sociedad

ELECTROMANUFACTURAS y la mesada pensional reconocida por el ISS, ya que tan solo tendría derecho a percibir el mayor valor entre tales conceptos, ello por expresa prohibición legal, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio, por cuanto el actor siguió devengando ambos conceptos hasta el año 1993, momento en el que se retira del cargo que venía desempeñando, situación que impide la reliquidación peticionada.

Aunado a lo anterior, se advierte que de proceder con la reliquidación del derecho pensional, ello implicaría no solo lo favorable, sino también aquellas situaciones no convenientes para el pensionado, tales como modificar la fecha de casación del derecho pensional, situación que no fue contemplada en el libelo demandatorio, ni en el recurso de apelación, por cuanto el recurrente tan sólo mencionó, que la reliquidación de las diferencias pretendidas se generaran una vez se efectuó el retiro del cargo, más no, hizo manifestación alguna frente a la fecha en que se reconoció el derecho pensional, tal y como se adoctrinó en sentencia con radicado No. 49088 del 12 de julio de 2017[1], M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero.

Así mismo, debe indicarse que tal como lo ha señalado de vieja data la Alta Corporación del Trabajo, el retiro del sistema no requiere de prueba solemne para acreditar dicha situación, sino que por el contrario, existe diversidad de medios de prueba para demostrar la misma, a tal punto, que contar con las semanas necesarias para obtener el derecho pensional o radicar la solicitud para la concesión del mismo, son elementos suficientes que demuestran el querer del afiliado en no seguir cotizando al sistema y su deseo de obtener el derecho pensional, situación que ocurrió en el caso bajo

---

[1] *"2. La censura desvía el ataque, por cuanto el juez de apelaciones cimentó la imposibilidad de contabilizar la cotización del mes de octubre de 2005, en el total de semanas cotizadas, bajo dos razones, la primera, que el actor solo solicitó la inclusión del ciclo correspondiente al mes de octubre de 2005, cuando lo cierto es que hizo aportes hasta el 1° de enero del año siguiente y, la segunda, que admitir contabilizar las semanas aportadas con posterioridad a la fecha en que se profirió el acto administrativo y se comenzó a disfrutar de la prestación, incluyendo el ciclo de octubre de 2005, «implicaría variar la tasa de reemplazo como se anhela desde los albores del introductor, sino también la data de causación y tal supuesto no fue siquiera contemplado por el accionante en su escrito de impugnación».".*

estudio, por cuanto se reitera, el demandante elevó solicitud para la concesión de la pensión de vejez el 5 de julio de 1988.

Finalmente, debe indicarse que de accederse a la reliquidación del derecho pensional en la forma solicitada, llevaría al punto que la totalidad de personas que disfruten de un derecho pensional, puedan con posterioridad a su reconocimiento, continuar efectuando aportes al Sistema General de Pensiones para mejorar el monto sobre el que se liquidó el derecho pensional e incluso, llegar al punto de utilizar el monto de la mesada pensional y los demás ingresos con tal fin, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Sin costas en la alzada, las de primer grado se encuentran a cargo del demandante.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS.** Las de primer grado se encuentran a cargo de la parte actora y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-022-2017-00711-01. Proceso Ordinario Luz Stella González Pinzón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de resolución de contrato a la AFP Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 31 de julio de 1962; que desde el inicio de su vida laboral, estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida; sin embargo el 1° de octubre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin que fuera informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podía tener el hecho de trasladarse de un régimen a otro, indicando también que desde aquella afiliación ha recibido extractos en donde le informan cuanto tiene ahorrado, cuantas utilidades ha generado el fondo y el número de semanas aportadas; que el día 30 de agosto del año 2017 por solicitud de la accionante a la AFP Colfondos S.A., ésta le suministró un informe sobre el monto pensional a que tendría derecho una vez cumpliera los requisitos establecidos en la ley, sin que se hubiera hecho previamente por iniciativa de la AFP antes de que le faltaran menos de 10 años para completar la edad de pensión.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privadas le suministrara la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, disponiendo que Colpensiones reciba los montos trasladados, de conformidad con el pago de los aportes mensuales efectuados, actualizando la historia laboral y condenando en costas a Colfondos S.A.

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad legal correspondiente.

La apoderada de la demandada Colfondos S.A. solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, debido a que en el caso que nos ocupa, no se incumplió con el deber de información de su representada, ya que para la fecha de la vinculación no se tenía obligación de dejar por escrito la asesoría que se brindaba, y que si bien la misma se hizo verbalmente, no quiere decir que no se haya realizado; adicional a ello, se puede extraer que la afiliada recibió información suficiente respecto de las características de ambos regímenes pensionales, como se pudo evidenciar en lo indicado por la misma en el interrogatorio de parte, cuando demuestra conocimiento sobre el régimen pensional en el que actualmente se encuentra; teniéndose así, que el deber de información sí se cumplió.

Por su parte, el apoderado de la demandada Colpensiones, argumentó en primer lugar que, casos como el presente, comenzaron a surgir debido a los preceptos normativos de la Ley 797 de 2003, que afirman no sería posible el traslado, ya que a la actora le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez. En segundo lugar, por cuanto se genera una descapitalización del sistema administrado por Colpensiones, por motivaciones y consecuencias adversas y en las que no tuvo injerencia alguna la entidad, desfavoreciendo así al Sistema General de Pensiones, ya que su redistribución económica es diferente al de los fondos privados, haciendo que los diez años establecidos en la normativa sean de vital importancia para el sostenimiento económico del Sistema.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta

Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo

---

suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que** la AFP demandada estaba en el deber de **probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público,** no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A Pensiones y Cesantías debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la*

determinación de las condiciones para el disfrute pensional."; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que si bien la demandante manifestó conocer algunas de las ventajas que podía adquirir con su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no es cierto tal como lo expone la administradora de pensiones privada, que la misma tuvo toda la información del mismo régimen, pues dicha afirmación no fue acreditada por la AFP demandada, por lo que a partir de allí se materializó el perjuicio de la actora.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones referente a que se no es posible el traslado decretado por

faltarle menos de 10 años a la demandante para adquirir el derecho pensional, por cuanto lo pretendido es la ineficacia de la afiliación, que origina que las cosas vuelvan a su estado inicial, por lo que dicha prohibición no se materializaría de forma alguna.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de la encartada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; y las de esta instancia a cargo de las demandadas.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y las de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo para cada una de ellas. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-013-2018-00640-01. Proceso Ordinario Ana Jeanette Bernal Hernández contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la encartada Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, así como, del traslado horizontal efectuado Protección S.A, a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 1 de agosto de 1963; que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS el 26 de febrero de 1985; que el 1° de enero de 1998 se afilió a la AFP Porvenir S.A., sin previa capacitación suficiente ni orientación técnica adecuada acerca de las características del RAIS, manifestándole únicamente los beneficios de rentabilidad que podría obtener por dicho traslado; igualmente que en agosto de 2017 la demandante efectuó un trasladó horizontal a la AFP Protección S.A., obedeciendo este traslado a la asesoría impartida por una asesora comercial quien se acercó a la empresa donde laboraba y le garantizó una mejor rentabilidad para sus aportes en el fondo privado, sin que se le entregara la información completa nuevamente por parte de la AFP; sin embargo el 18 de septiembre del año 2018 la demandante solicitó el traslado de régimen a Colpensiones, donde le indicaron que no era procedente su traslado, por lo que en la actualidad se encuentra haciendo sus aportes al Sistema General de Pensiones en el RAIS afiliada a la AFP Protección S.A.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las encartadas de todas las pretensiones reclamadas en su contra, basando su decisión en que los fondos de pensiones deben proporcionar al potencial afiliado una suficiente, completa y clara información respecto de las reales implicaciones que le acarrearían dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, así pues, es claro que el engaño que alega la demandante en el presente caso, tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrieron las administradoras; sin embargo se puede evidenciar en el interrogatorio de parte de la demandante, que en el presente caso hay una situación especial, ya que se afilio dos veces al fondo Porvenir S.A. y dos veces al fondo Protección S.A.; por lo que no se puede establecer que hubo un engaño, ya que tuvo que haber una información previa, y que tal como lo mencionó en el interrogatorio, tuvo conocimiento

desde el año 2015 sobre ventajas y desventajas de dicho régimen; ya que al volver a los mismos fondos denota conocimientos previos por parte de la afiliada, sobre el régimen al cual efectuaba sus traslados. Condenando en costas a la demandante.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto que la parte considerativa se hace referencia a todo el tema de la carga de la prueba y a los planteamientos expuestos actualmente por la Honorable Corte Suprema de Justicia; se equivoca el Despacho de primera instancia al dar por demostrado sin estarlo, que su representada tenía conocimiento al momento del su traslado de los beneficios y perjuicios del RAIS, por cuanto el Juez de primera instancia de manera desacertada da a entender que su representada se afilió dos veces a Porvenir S.A., lo cierto es que todas las afiliaciones posteriores a la realizada en el año 1999 carecen de validez, en el entendido, que nunca se le brindó la información completa a la demandante del funcionamiento del régimen al cual efectuaba su traslado, ni mucho menos de las ventajas o desventajas de trasladarse al mismo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información

---

solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. debieron consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada*

es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado", por lo que se ha de revocar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que si bien la demandante manifestó conocer algunas de las ventajas que podía adquirir con su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no es cierto tal como lo exponen las administradoras de pensiones privadas, que la misma tuvo toda la información del mismo régimen, pues dicha afirmación no fue acreditada por ninguna de las AFP demandadas, así como tampoco, que es posible convalidar la afiliación de la actora con ocasión a los cambios horizontales que ha realizado de fondo de pensiones, teniendo en cuenta que los mismos se realizaron con posterioridad a la afiliación primigenia de la demandante, por lo que a partir de allí se materializó el perjuicio de la actora.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros,

que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar. **PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ANA JEANETTE BERNAL HERNÁNDEZ al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, celebrada con HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES, atendiendo las motivaciones de esta sentencia. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen, atendiendo las consideraciones de la decisión. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo para cada una de ellas. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-016-2016-00164-01. Proceso ordinario de Yennifer Tobar García contra Eficacia S.A. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de mayo de 2018.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la renuncia y posterior terminación del contrato de trabajo por su parte el 7 de septiembre de 2015, no produce efecto alguno por tratarse de un despido indirecto ineficaz al encontrarse en estado de embarazo; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y

primas de servicios, dejados de percibir desde el 14 de julio de 2015 hasta el momento en se realice la reinstalación, junto con el pago de cotizaciones en pensión y salud, así como la indemnización que establece el artículo 239 del C.S.T.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó que previa declaración de que la terminación del contrato de trabajo ocurrida el 7 de septiembre de 2015 constituye un despido indirecto por causa imputable a la demandada; se condene a ésta última al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización que establece el artículo 239 del C.S.T. equivalente a 60 días y la indemnización por no pago oportuno de las prestaciones sociales de que trata el artículo 65 de la mima obra.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 15 de mayo de 2015 mediante contrato de obra o labor determinada en el cargo de Impulsadora con un salario de $750.000,oo.

Afirmó que el 5 de junio de 2015 sufrió un accidente de trabajo al caerse por las escaleras del punto Quiroga, siendo atendida por urgencias, en donde se le indicó que se encontraba en estado de embarazo, condición que afirma informó a la demandada y a sus jefes directos con el fin de que fuera reubicada pues el evento finalizaría el 14 de junio de 2015.

Indicó que a pesar de que se le indicó por parte del señor Julián Valbuena que sería reubicada, sin embargo y pese a múltiples requerimientos verbales y escritos, tanto solo hasta el 14 de julio de 2015 fue reubicada en las propias oficinas de la demandada en el área de contratación, trabajando 10 hora y 30 minutos al día.

Informó que el 28 de julio de 2015 recibió por el periodo comprendido entre el 15 de junio y e 13 de julio de 2015, la suma de $360.000,oo, tiempo en que afirma no laboró por culpa de su empleadora; y que por el periodo comprendido entre el 14 y el 31 de julio de 2015, recibió tan solo la suma de $180.000,oo, pago que afirma recibió tan solo hasta el 9 de agosto de 2015 debiendo ser entregada a más tardar el día 5 del mismo mes y año.

Refirió que el señor Julián Valbuena le informó que a partir del 15 de agosto de 2015 el sueldo se cancelaría por días efectivamente trabajados y que cuando le reclamó por los pagos de nómina por $180.000,oo le indicó que debía agradecer que le estaban reconociendo $30.000,oo el día y que si solo trabajaba fines de semana como podía pretender que se le pagara $750.000,oo.

Finalmente señaló que el 7 de septiembre de 2015 presentó carta de renuncia motivada en la persecución laboral a la que había sido sometida, el no pago de salarios y la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa de un lado que, la renuncia presentada por la demandante en estado de gestación surte todos los efectos jurídicos; y de otro, que el salario que percibió la demandante siempre fue de acuerdo al tiempo laborado. Propuso en su defensa entre otras las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

El *aquo* declaró la existencia de una relación laboral entre las partes a partir del 15 de mayo de 2015 cuya terminación declaró ineficaz con ocasión a la vulneración de los derechos de la mujer gestante, ordenando su reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría; y la condenó al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir entre la fecha de la finalización del vínculo y el momento en que se produzca el reintegro, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social por el mismo periodo y el pago de la sanción que establece el artículo 239 del C.S.T.

Para arribar a la anterior determinación el servidor judicial de primer grado consideró en esencia que dentro del asunto se estableció el despido indirecto del contrato de trabajo de la demandante, con ocasión al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada en condición de empleadora, principalmente en lo relativo al pago de salarios.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la apoderada de la parte demandada se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar, se absuelva a su representada de la pretensiones de la demanda en tanto el servidor judicial de primer grado basó su determinación únicamente en las afirmaciones realizadas por la demandante.

Aduce en tal sentido la recurrente, que contrario a lo que consideró el *aquo* dentro del plenario no existe medio de convicción que de cuenta de las conductas de acoso a que hace referencia la demandante en la carta de terminación del contrato, ni de la falta de pago de salarios y prestaciones.

Indica que por el contrario de acuerdo con la documental allegada al expediente y que no fue tachada de falsa por la demandada se acreditó que se cancelaron todos los salarios, acreencias laborales y aportes de la demandante conforme a la ley y que sí se le canceló una suma inferior al salario pactado sucedió cuando se le canceló el 66,66% por enfermedad general, motivo por el que la terminación del contrato tuvo eficacia jurídica como renuncia voluntaria.

Afirma que contrario a lo que indicó el servidor judicial de primer grado, la demandante dejó de prestar servicios por espacio de 20 días y no por causa atribuible a su representada, pues al efecto debía tenerse en cuenta el requerimiento que se efectuó a la demandante el 3 de septiembre de 2015.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S., de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si en el asunto la terminación del contrato de trabajo por parte de la demandante se encuentra amparada en justa causa.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no fue objeto de discusión entre las partes, el vínculo de carácter laboral que las unió y