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° 110-01-31-05-020-2019-00064-01. Proceso Ordinario Bernardo Valencia Agudelo 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 la apoderada de Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de septiembre de 2020; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING S.A. hoy Protección S.A.; se condene a Colpensiones a recibir todos y cada uno de

los valores que hacen parte de su cuenta de ahorro individual y a la AFP Old Mutual S.A. a efectuar la devolución de los mismos

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 1° de junio de 1982 hasta el momento en que se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A. hoy Protección S.A.

Indicó que quien suscribió el formulario fue el asesor del fondo de pensiones ING S.A. y que además faltó al deber de información profesional que tenía dicha sociedad como fiduciaria del sector público.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción de forma oportuna oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra. Colpensiones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, entre otras.

A su turno la demandada Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías .S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, entre otras.

Y Protección S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A. hoy Protección S.A. y como consecuencia de ello el traslado efectuado a Skandia S.A. hoy Old Mutual S.A.; en razón a ello ordenó a Protección

S.A. realizar la devolución de la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de pago de aportes junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones, entidad ésta última a la que se declaró como aseguradora del demandante frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que de acuerdo con el criterio pacífico y reiterado de la Corte Suprema de Justicia la validez de traslado de régimen se encuentra al cumplimiento al deber de información por parte de los fondos de pensiones, quienes en consecuencia tienen la carga de la prueba de demostrar que brindaron una información completa, veraz y eficaz, pero como en el asunto tal aspecto no se acreditó correspondía declarar la nulidad o ineficacia de traslado.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que aduce solicita se tenga en cuenta que su representada viene sufriendo una descapitalización y que en razón a ello, de acuerdo con lo que al efecto establece del artículo 48 de la Constitución Nacional no resulta procedente ordenar la nulidad de traslado, y que en caso de que se confirme tal determinación, solicita se elabore un cálculo actuarial, pues tal como se reconoció en la sentencia SU 062 de 2010 para acceder al traslado de régimen el afiliado adicionalmente tenía que pagar un cálculo de rentabilidad.

Así mismo se opuso a la condena en costas en tanto accedió al traslado de acuerdo con la solicitud elevado por el propio demandante.

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 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.

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

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

---

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.".*

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 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 Colfondos S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o a lo sumo acreditar que dio una información clara, completa y veraz acerca de las características de uno y otro régimen, así como de las condiciones en que el accionante podía acceder a los beneficios contemplados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 entre la ineficacia del traslado y 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 ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y como consencuencia de ello a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías OLD MUTUAL 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 el deber de información se ha de verificar frente a todo afiliado sin distinción alguna.

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; sin embargo es la AFP OLD MUTUAL S.A., como última administradora a la que se encuentra afiliado el demandante y no PROTECCIÓN S.A., la que tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, 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.

No existe medio de convicción del que se posible establecer que las consecuencias de la ineficacia del traslado de la afiliación del demandante al régimen de prima media apareje la descapitalización del sistema de régimen de prima media como lo plantea en la alzada la apoderada de Colpensiones; sin embargo, se autoriza a ésta entidad 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, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Así mismo, en la medida que Colpensiones no intervino en el trámite relativo al traslado de régimen cuya ineficacia se declara, considera la Sala no es procedente imponer en su contra condena en costas.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran únicamente a cargo de Old Mutual S.A. y 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: PRIMERO.- MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a OLD MUTUAL 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. **SEGUNDO.- 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. **TERCERO.- CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo

demás. **CUARTO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo únicamente de las demandadas Protección S.A. y Old Mutual S.A.

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° 110-01-31-05-007-2017-00725-01. Proceso Ordinario María Nancy Barreto Huertas 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de enero de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y que como consecuencia de ello se encuentra vigente la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a ésta última entidad a recibirla nuevamente como afiliada y a la AFP Porvenir a liberarla de su base de datos y devolver

los valores recibidos con motivo de su afiliación con todos los frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del Código Civil.

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 mes de abril de 1986 al que continuó cotizando hasta el 18 de noviembre de 2008 fecha en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., en donde se le ofreció trasladarse a más temprana edad y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar, pero no se le indicó el monto del capital requerido para obtener para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, así como tampoco se le indicó el plazo para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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 inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

A su turno la demandada Porvenir S.A. propuso las excepciones de prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandada, entre otras.

Mediante providencia de fecha 7 de junio de 2018, el servidor judicial de primer grado dispuso la vinculación de la AFP Colfondos S.A., la que una vez notificada dio igualmente respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., prescripción, validez de la afiliación al RAIS, 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 Colfondos S.A., ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores acumulador en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimiento financieros y a Colpensiones le ordenó recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad.

Para arribar a la anterior de terminación consideró en esencia que de acuerdo con la doctrina sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral, las administradoras de fondos privados de pensiones, desde su creación tienen la obligación de brindar a los afiliados información necesaria para que puedan tomar la mejor decisión y que en el asunto, siendo carga probatoria de Colfondos S.A. la acreditación de tal situación, no demostró el cumplimiento de tal obligación.

Inconformes con la anterior determinación la apoderada de Colpensiones y el apoderado de la AFP Povenir S.A. interpusieron recurso de apelación el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.

La apoderada de Colpensiones adujo en esencia que si bien la administradoras de los fondos privados de pensiones tienen la obligación de asesorar a sus futuros afiliados, las obligación de documentar la asesoría tan solo surgió con ocasión a la expedición de la Ley 1748 de 2014, motivo por el que hacer tal exigencia es dar efectos retroactivos a dicha normatividad.

Adujo que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos legales y que ausencia de prueba documental no significa no se hubiere suministrado a la posible la demandante la información correspondiente de forma verbal.
Agrega que los contratos se ejecutan de buena fe y dentro del plenario no existe medio de convicción que de cuenta que se hubiere obrado con dolo.

Por su parte el apoderado de Porvenir S.A. indicó que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual obedeció a una decisión libre y voluntaria de su parte y de acuerdo con los requisitos establecidos para el momento en que se produjo la afiliación, lo que a su juicio no puede entenderse como una afiliación vacía y no puede ser desconocida.

Indica que en la sentencia recurrida se desconocen las confesiones realizadas por la demandante al absolver interrogatorio de parte y le impone requisitos adicionales de soportes que no les son exigibles para la fecha de afiliación.

Asevera que la decisión acogida por el fallador de primer grado presupone la exigencia de requisitos inexistentes para el momento de la afiliación de la demandante, pues de acuerdo con lo que indica el propio ente que vigila las administradoras de pensiones indicó que la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna, nació en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, fecha posterior no solo a la afiliación inicial, sino a la afiliación inicial y al traslado horizontal de la demandante.

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 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.

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,*

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

---

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.".*

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 Colfondos S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o por lo menos acreditar que dio una información clara y veraz acerca de las características de uno y otro régimen, así como de la información clara y completa acerca de las condiciones en que podía acceder a los beneficios contemplados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 entre la ineficacia del traslado y 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 y como consencuencia de ello 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 el deber de información se ha de verificar frente a todo afiliado sin distinción alguna.

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 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.

No existe medio de convicción del que se posible establecer que las consecuencias de la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante al régimen de prima media apareje la descapitalización del sistema de régimen de prima media como lo plantea en la alzada la apoderada de Colpensiones; sin embargo, se autoriza a ésta entidad para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional 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.

En la medida que la Colpensiones no hizo parte del trámite relativo al traslado de régimen cuya ineficacia se demandó, considera la Sala no es procedente imponer en su contra condena en costas.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran únicamente a cargo de Colfondos S.A. y 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** sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo únicamente de las demandadas Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

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° 110-01-31-05-015-2017-00764-01. Proceso Ordinario León Jairo Mora Parra 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 del demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de Julio de 2019; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que como consecuencia de ello siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; se ordene a los fondos demandados devolver a Colpensiones todos los valores que recibieron con motivo de su

afiliación junto con todos los rendimientos financieros devengados durante el tiempo en dicha sumas estuvieron en su poder y se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación conisderando que para todos los efectos legales siempre ha permanecido vinculado al régimen de prima media con prestación definida.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y como consecuencia de ello se declare la inexistencia de los traslados a los fondos de pensiones Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 4 de diciembre de 1978 hasta octubre de 1997 cuando suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A. por no recibir información técnica y adecuada, y considerar que el régimen de ahorro individual le era mucha más beneficioso que el régimen de prima media, en tanto se le prometió.

Indicó que en el año 2003 se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y bajo los mismos móviles equivocados se trasladó en el año 2010 se afilió con Skandia, hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

Señaló que los promotores u asesores de los fondos privados no le advirtieron acerca de los riesgos de su traslado al régimen de ahorro individual, ni que la pensión que obtendría en dicho régimen sería inferior a la que podría obtener en el régimen de prima media.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones propuso las excepciones de

inexistencia del derecho y de la obligación pro falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por su parte propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, entre otras.

Por su parte Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su turno Colfondos S.A. propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la nulidad del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la AFP Colfondos S.A. y como consecuencia de ello, declaró la nulidad de los traslados a las demás administradora privadas de fondos de pensiones y ordenó a la AFP Old Mutual S.A. trasladar a Colpensiones los aportes o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante y ordenó a la última de estas entidades reactivar la afiliación del demandante como si éste nunca se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual.

Determinación a la que arribó al considerar, que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia y que ha acogido en forma mayoritaria el Tribunal Superior de Bogotá, los fondos de pensiones tienen la obligación de brindar información completa y comprensible, frente a los posibles afiliados y que el traslado a otros fondos del mismo régimen no

convalida el vicio, cuando no se cumple con tal obligación, como sucedió en el caso objeto de estudio.

Inconforme parcialmente con la anterior determinación, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial a efectos de que se imponga condena en costas en contra tanto de Colpensiones como de los fondos privados demandados.

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.

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 imponer condena en costas en contra de las demandadas.

Al respecto es del caso se debe en 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 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

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia 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

---

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.".*

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 Colfondos 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, exponiendo de forma clara las condición conforme con las cuales podía acceder a las posibilidades que ofrece el régimen que ésta administra.

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 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 Colfondos S.A., y como consecuencia de ésta a las adminitradoras de Fondos Porvenir S.A. y Old Mutual 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 como la última entidad perteneciente al régimen de ahorro individual a que se encuentra afiliado el demandante es la AFP Old Mutual S.A., es ésta 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.

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.

Ahora en lo que respecta a los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente, basta indicar que en los términos del artículo 365 del C.G.P., la imposición de costas obedece a un criterio objetivo, de manera que en tanto la decisión de primer grado fue adversa a las demandadas resulta procedente la imposición de condena en costas; no obstante, dado que la demandada Colpensiones no hizo intervino en el acto cuya ineficacia se declara no resulta procedente imponer condena en costas en su contra, por ende las costas de primera instancia corren exclusivamente a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A..

Hasta aquí el estudio del Tribunal. En tanto la decisión de primer grado se conoció en el grado jurisdiccional de consulta no se impondrá condena en costas.

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. MODIFICAR** la sentencia consultada, 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. **SEGUNDO.- 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. **TERCERO.- CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO.- COSTAS** de primera instancia únicamente a cargo de las demandadas Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salv. vto. 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. 11-001-31-05-009-2014-00178-01. Proceso ordinario de Juan Carlos Robles Silva contra DCX S.A.S. (Consulta 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 grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de enero de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor JUAN CARLOS ROBLES SILVA convocó a la sociedad DCX S.A.S., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1º de febrero de 2012 y el 30 de agosto de 2013, así como, que el último salario devengado fue por la suma de $42.739.400, ocupando el cargo de gerente general y laboró como geólogo de petróleos y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de salarios por

los meses comprendidos entre enero y agosto de 2013, junto con el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante el período en que estuvo vigente la relación laboral, junto con la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, el cálculo actuarial para el pago de las cotizaciones en pensiones y la indemnización por el no pago de salarios y prestaciones sociales y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que ingresó a laborar al servicio de la demandada a partir del 1° de febrero de 2002 y hasta el 30 de agosto de 2013, disfrazando la relación mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, el que no fue entregado al contratista, para desempeñar el cargo de gerente general suplente y también dirigió trabajos de geología, geofísica e ingeniería, recibiendo órdenes e instrucciones de sus jefes inmediatos; que el actor cumplió horario de trabajo de 8:00 a.m. a 6:00p.m. y fue la demandada quien suministró oficinas, mobiliarios, archivos y en general para el desarrollo de las funciones; que la encartada no canceló el salario de los meses de enero a agosto de 2013, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones; que la sociedad fue vendida en el mes de agosto de 2013, por lo que se realizó un abono de sumas adeudadas por valor de $90.000.000, quedando pendiente de pago la suma de $251.915.200; que el actor recibió un salario mensual por la suma de $42.739.400; que el demandante no ha recibido el pago de los salarios a partir del mes de marzo de 2013.

Frente a las súplicas, la aquo, absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que si bien se acreditó la prestación personal del servicio, también lo es, que se

desvirtuó la subordinación propia del contrato de trabajo, como quiera que el actor desempeñó el cargo de representante legal y gerente general y en ningún momento recibió órdenes o instrucciones de los socios o el dueño de la compañía, y por el contrario desarrolló su labor con autonomía e independencia, al punto, que fue quien organizó la estructura de la empresa y adoptaba las decisiones sin mediar consideración alguna de otra persona.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue totalmente adversa al demandante, 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 advierte causal de nulidad que invalide lo actuado la Sala procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la prestación personal del servicio por parte del demandante; el problema jurídico a resolver por esta Sala de Decisión se circunscribe en determinar si el vínculo que unió a las partes es de origen laboral o si por el contrario, surgió a la vida jurídica con ocasión de la existencia del contrato de prestación de servicio profesional, al que aduce la parte encartada.

De acuerdo con el problema jurídico, se debe partir que acreditada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, opera de forma

automática la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., que dispone que todo trabajo personal está regido por un contrato de trabajo, presunción que al ser legal, permite prueba en contrario, por lo que la carga de la prueba se invierte en favor del trabajador, debiendo el empleador acreditar que el vínculo se originó sin que se diera lugar al elemento configurativo del vínculo laboral, que es el de la subordinación.

A su vez, la subordinación o dependencia se encuentra descrita en el literal b) del artículo 23 del mismo compendio normativo y que se describe como aquella *"faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país"*.

Al respecto, se encuentra que dentro del plenario reposa copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el representante legal de la sociedad DXC S.A.S. y el aquí demandante, estableciendo en el objeto del mismo:

> *"**PRIMERA.- OBJETO**: De acuerdo con los términos y condiciones establecidos en este contrato, EL CONTRATISTA se compromete, bajo se responsabilidad y autonomía técnica, administrativa y directiva, y a satisfacción de EL CONTRATANTE, a prestar los servicios de consultoría, asesoramiento, orientación y asistencia a la compañía en la gerencia General y Representación Legal, tanto del orden regional como local, así como cualquier otro servicio necesario afín a dichas actividades que pueda surgir de la actividad petrolera realizada en el Bloque Morichito.*

EL CONTRATISTA asume enteramente todos los riesgos para sí, inherentes a su actividad independiente bajo este Contrato y utilizará sus propios equipos, herramientas y bienes en general que requiera para la ejecución del presente contrato.".

Así mismo, en la cláusula quinta del mismo, se establecen las obligaciones del contratista, entre las que se encontraban *"(i) atender las sugerencias, recomendaciones y advertencias que imparta EL CONTRATANTE, siempre que estas se relaciones con el objeto del Contrato ... (iv) afiliarse como trabajador independiente y afiliar a los empleados que eventualmente contrate para la cabal ejecución del presente Contrato al sistema de seguridad social integral y pagar de forma correcta y oportuna el valor de las cotizaciones causadas (...)".*

De igual forma, obra dentro del plenario, copias de pagos efectuados en favor del demandante por diferentes sumas de dinero, así como copias de factura de los servicios tanto profesionales, como de maquinaria especializada contratada por el actor y autorizaciones de traslado de dineros a su cuenta personal, suscribiendo el demandante las mismas en calidad de Gerente General.

En igual sentido, se cuenta con certificado de existencia y representación legal de la demandada de fecha 18 de marzo de 2013, en la que consta que el señor Juan Carlos Robles Silva era el primer suplente del gerente en la sociedad.

Así mismo, se recepcionó el interrogatorio de parte tanto del representante legal de la demandada, como del demandante, quienes coincidieron en afirmar que el actor no estuvo sujeto al cumplimiento de órdenes o requerimientos mediante los cuales se le indicara la forma,

cantidad o calidad del trabajo desempeñado, manifestando el propio demandante, que tuvo autonomía para la conformación de la compañía, sin tener ningún llamado de atención por dicha situación y quien manifestó, que si bien tenía jefes, también lo es, que el mismo informó que presentaba informes de forma esporádica y que tenía reuniones telefónicas y vía internet, ya que él vivía en Estados Unidos, pero de igual forma, manifiesta que siempre tuvo autonomía para dirigir la empresa, la forma de vinculación de los otros cargos de la sociedad, sin necesidad de efectuar o tramitar concepto alguno al respecto.

En ese orden de ideas, se advierte, que en efecto la demandada logró desvirtuar el requisito de subordinación o dependencia respecto de la prestación personal del servicio efectuada por el demandante y que o permite dar origen al vínculo laboral, más aún, de tenerse en cuenta que el actor se desempeñó como **GERENTE** de la sociedad y representante del empleador no solo a nivel institucional, sino también empresarial, por cuanto era el mismo demandante quien suscribía autorizaciones para el traslado de sumas de dinero a su cuenta personal, sin que existiera documento diferente al mismo escrito que aprobara tal situación, tesis que ha sido reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como en sentencia con radicado No. 48492 del 20 de junio de 2018, M.P. Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, en la que la Alta Corporación del Trabajo adoctrinó:

> *"Ello es así cuando, por ejemplo, debido a la concurrencia de contratos, se confunden los roles administrativos con los sociales, se entremezclan las posiciones de trabajador y empleador en una misma persona, y, en general, se ocupan posiciones de poder que no pueden ser indebidamente aprovechados bajo la regla de autonomía. En estos casos, las personas deben actuar de buena fe en el ejercicio de sus vinculaciones y conservar un comportamiento coherente, que no sorprenda a su contraparte, de*

manera que no pueden desconocer sus actos propios, así hubieran sido desplegados bajo el rótulo de otra relación jurídica diferente.

Esta sala de la Corte ha reconocido esta regla en anteriores oportunidades en las que, por ejemplo, ha precisado que la decisión de una empresa respecto de un gerente, en su rol de mandatario, lo impacta también como trabajador. En la sentencia CSJ SL, 16 mar. 1995, rad. 6799 se dijo al respecto:

Acerca de estas cuestiones, observa la sala ante todo que la concurrencia del contrato de trabajo con otros que se celebren entre las mismas personas, no supone el paralelismo e independencia de los nexos, sino más bien lo contrario, dado que lo usual es que el desarrollo del contrato de trabajo involucre el desenvolvimiento sincrónico e interdependiente de los otros vínculos. Ello suele acontecer particularmente en relación al ejercicio de la gerencia de una empresa, dado que el cumplimiento de las obligaciones laborales del gerente enganchado laboralmente, comportan en gran medida la ejecución de actos propios de la gerencia o de la representación, que son consustanciales a la naturaleza del empleo. De suerte que entendidas así las cosas, sí como sucedió en el asunto de los autos, a un gerente le restan en absoluto la facultad de representación, resulta plausible desprender que el empleador le está cambiando las condiciones de la prestación del servicio e incluso lo está degradando desde el punto de vista de la jerarquía interna, lo cual además es probable que genere la afectación de la dignidad laboral del empleador, quien frente al restante personal y dentro del respectivo medio, pasará a ejercer las funciones que le queden, en un plano de inferioridad.

Asimismo, en la sentencia CSL SL, 30 nov. 2010, rad. 39143, la Corte llamó la atención en que, por razones de transparencia, no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y gerente, suscribiera un contrato de trabajo en el que, a su vez, fungía como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa. En esa oportunidad dijo la Corte:

En lo esencial del cargo, el recurrente le atribuye al Tribunal la infracción directa del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto no tuvo en cuenta que las calidades de socio, gerente y trabajador concurrieron en el actor.

En relación con ese reproche, cabe anotar que de la sinopsis que se hizo del fallo impugnado se desprende con facilidad que no incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le atribuye, como que no puso en discusión que el actor, a la vez que

fungió como socio y gerente, estuvo vinculado por un contrato de trabajo, solamente que concluyó que debía entenderse convenido a término indefinido. Asentó, en efecto, ese fallador:

"Por lo tanto, la Sala no comparte la conclusión arribada por el a quo al aceptar la existencia del contrato laboral suscrito por el demandante con las condiciones ya múltiplemente referidas, y por ello, debe entenderse sin efecto legal alguno el contrato a término definido, como consecuencia de lo anterior, lo conducente es predicar la existencia de un contrato a término indefinido con las condiciones ya citadas y acorde con lo señalado en el artículo 24 del C.S.T. sobre la teoría del contrato realidad".

Por manera que no desconoció que en el caso del actor concurrieron su calidad de socio y de gerente, vinculado por contrato de trabajo, de tal suerte que no ignoró la posibilidad de concurrencia de vínculos jurídicos de que trata el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, "Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código". Aquí el Tribunal, pese a que encontró la calidad de socio del actor de la sociedad demandada, le dio plena eficacia al contrato laboral que existió entre las partes, de modo que no desconoció su naturaleza, y, por esa razón, aplicó el Código Sustantivo del Trabajo, cuando concluyó que ese contrato fue a término indefinido. Por lo tanto, no infringió aquella disposición legal.

En verdad, el razonamiento del Tribunal no se basó en la existencia o no del contrato laboral, sino en su duración y ***en la viabilidad ética y jurídica de que el actor, a pesar de ser gerente de la sociedad demandada, suscribiera un contrato laboral a término fijo, ostentando la doble condición de representante legal y trabajador****, cuestión en la que nada incide la concurrencia de los contratos de trabajo y de sociedad.*

Para ese fallador, "...no puede aceptarse que una misma persona se concentren las facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y a su vez para obligar a la misma sociedad, pues tal situación contempla en sí una incompatibilidad de proceder". Dijo, además, que, para garantizar la transparencia, quien debió suscribir el contrato en representación de la sociedad fue su subgerente, quien tenía las mismas facultades del gerente y remató esa argumentación señalando: "No es aceptable tolerar que el demandante en forma unilateral estipule en el contrato de trabajo a término indefinido unas condiciones legales especiales que posteriormente utilizará en contra de la empleadora,

desconociendo abiertamente las condiciones que comportan un acto jurídico, como lo es el acuerdo de voluntades de dos o más partes, pues, para el caso de autos, solo existió una parte, el señor HECTOR ALIRIO MATEUS VÁSQUEZ".

Para la Corte los razonamientos jurídicos del Tribunal son acertados, pues se corresponden con las normas legales que gobiernan las facultades y restricciones de la representación, en tratándose de contratos comerciales, que buscan que una misma persona no pueda fungir como contraparte de quien representa, o contratar consigo misma.

[...]

A la luz de esa disposición, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal es ajustada a derecho, pues no podía avalar que el actor, en su condición de gerente, estableciera, motu proprio, las condiciones de su contrato de trabajo.

El Tribunal tampoco infringió el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, como que consideró que ella no estaba presente en la conducta del demandante, lo que indica que tuvo en cuenta el precepto.

Estimó el juzgador que "También se echa de menos en el expediente que el demandante hubiera notificado a la junta directiva de la sociedad sobre la suscripción del mentado contrato, lo cual permite inferir que nunca salió de su Órbita (sic) el conocimiento de las condiciones contractuales que solamente él conocía y que únicamente vino (sic) a ser públicas cuando se terminó el vínculo contractual para alegarlas en su favor, conducta con la cual preconstituyó unos elementos de facto que nunca pudieron ser discutidos por la empleadora, proceder que incluso comporta la mala fe del trabajador." (Folio 282).

En conclusión, en el presente caso, en razón de las condiciones no discutidas relacionadas con la categoría del demandante, como gerente y trabajador de la empresa demandada, no le era dable que concentrara en su misma persona las facultades para obligarse como persona natural y, a la vez, para obligar a la misma sociedad en la fijación del término de su contrato de trabajo, como con acierto lo concluyó el ad quem.

Todo lo anterior conduce a reiterar que aunque la concurrencia de contratos prevista en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo supone, por regla general, una

autonomía de los vínculos jurídicos que confluyen, lo cierto es que, en determinados casos, las actuaciones propias de cierta posición deben impactar a la otra, por exigirse de las personas un comportamiento consecuente y por no resultar apropiado un aprovechamiento indebido de sus propios actos. Para el caso concreto, es cierto que una persona que participa en la decisión de terminar su contrato de trabajo, desde su condición de socio, no puede desconocer ese hecho, de manera posterior, para solicitar una indemnización.".

Así las cosas, se advierte que para declarar la existencia de un contrato de trabajo de forma concurrente con la labor desempeñada de representante legal o gerente de una sociedad, debe ser de tal claridad, que no exista duda alguna acerca de las funciones que se desempeñaron en uno u otro cargo, ya que por el contrario, se estaría tan sólo frente a su carácter de gerente general, situación que no ocurre en el presente caso, por cuanto tal y como se ha indicado, en el ejercicio de la labor desempeñada por el señor Robles Silva se desarrollaron la labores de forma autónoma e independiente, sin que se pueda diferenciar los supuestos contratos que unieron al demandante con la sociedad demandada, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado, sin que sea necesario efectuar un pronunciamiento mayor frente a las pretensiones de condena solicitadas, como quiera que éstas dependían de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, la que como ya se indicó, no fue acreditada por el actor.

Aunado a lo anterior y en gracia de discusión, debe indicarse que aún de declararse la existencia del contrato de trabajo deprecado, en el parágrafo primero del contrato de prestación de servicios, se estableció que si bien la naturaleza del contrato no era laboral, en caso de que así se estableciera, se debería entender que el actor devengaría un salario integral, con el cual ya se encontraría pago lo concerniente con las prestaciones sociales, vacaciones, recargos, trabajo nocturno, dominical o

festivo, por lo que no sería procedente ordenar el pago de dichos derechos.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primer grado estarán a cargo del demandante y sin ellas 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: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado quedan a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **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. 11-001-31-05-014-2017-00069-01. Proceso ordinario de Cristian Alexis Sogamoso Cuenca contra Crisanto Herrera Ardila (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 del demandado, frente a la sentencia parcialmente condenatoria proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor CRISTIAN ALEXIS SOGAMOSO CUENCA convocó al señor CRISANTO HERRERA ARDILA en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado como MULTISERVICIOS DAEWO, 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 por el período comprendido entre el 8 de noviembre de 1999 y el 20 de junio

de 2014, la que finalizó de forma injustificada con ocasión de su disminución física sin solicitar el permiso ante el Ministerio del Trabajo, sin que se hubiere afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social y que como consecuencia de las anteriores, se condene al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y al pago de los aportes a la Seguridad Social Integral generados en vigencia de la relación laboral, junto con el pago de la indemnización contenida en la Ley 361 de 1997, la indemnización por la falta de consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, la indemnización por la falta de pagos de salarios y prestaciones sociales contemplada en el artículo 65 del C.S.T., el cálculo actuarial para efectuar el pago de aportes en pensión, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que se celebró contrato de trabajo a término indefinido el 8 de noviembre de 1999 y finalizó el 20 de junio de 2014, pactando como salario la suma de $1.800.000, el que nunca fue debidamente actualizado con el IPC, para desempeñar el cargo de latonero automotriz, con una horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. y el día sábado de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., prestando sus servicios para el establecimiento de comercio denominado como Multiservicios Daewo propiedad del demandado; que el encartado no efectuó el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, dotaciones, ni subsidio familiar, causados en vigencia de la relación laboral; que no se afilió al demandante al Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que no se realizó aporte en pensiones, ni en riesgos profesionales para las contingencias de invalidez, vejez y muerte, que el actor sufrió accidente de tránsito el 4 de septiembre de 2010, generándose fractura de tibia y peroné, sin tener reconocimiento de incapacidad; que el actor fue intervenido por hernia inguno escrotal derecha el 30 de julio de

2014, de la que tenía conocimiento de la programación de la cirugía, no obstante, dio por terminado el contrato de trabajo sin dar explicación al respecto; que el actor solicitó intervención de la Defensoría del Pueblo el 7 de noviembre de 2014, en la que peticionó el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, junto con las prestaciones sociales, la que terminó mediante conciliación fracasada emitida mediante acta del 3de diciembre de 2014, proferida por el Inspector de trabajo RCC 2.

Frente a estas súplicas, la aquo, encontró probada la prestación del servicio por el período comprendido entre el 8 de noviembre de 1999 y el 1° de enero de 2014, declarando prescritos los derechos causadas con anterioridad al 3 de diciembre de 2011, excepto los concernientes con el auxilio de cesantías y aportes a la Seguridad Social en Pensiones que impartió condena durante toda la relación laboral, para lo cual se tendría en cuenta un salario por la suma de $1.800.000, junto con los intereses moratorios consagrados ene l artículo 65 del C.S.T., a partir del día 2 de enero de 2014 y absolvió de las demás pretensiones incoadas en contra del encartado.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida, a fin que se revoque la sentencia de primer grado y se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto manifiesta que el fallador se equivocó al declarar la existencia de la relación laboral por cuanto se equivoca con la valoración de los medios de prueba tanto documentales, como testimoniales y con el interrogatorio de parte rendido, teniendo en cuenta que quedó establecido la existencia de un contrato de prestación de servicios, visible a folio 78 del plenario, con el que se acredita el vínculo civil. Aunado a ello, por cuanto de la declaración rendida por el señor René Quiroga Muñoz quien señaló que el actor no solo le prestaba

servicios al demandado, sino también a él mismo, para lo cual llevaba sus propias herramientas, demostrando libertad, independencia y autonomía en la labor desempeñada de forma alterna, situación que fue ratificada por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, sin que se ´pueda decir que hubo concurrencia de contratos, ya que la profesión el actor la ejercía de forma libre. Aunado a lo anterior, debe advertirse que la misma Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido que una remuneración no es óbice para la declaratoria del contrato de trabajo, tal como quedó sentado de la sentencia SL 543 de 2013, de lo que denota que en el caso bajo estudio, no concurrieron los tres elementos del contrato de trabajo para así declararlo y por lo que se deben desestimar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo anterior, el análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por el demandante.

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: i) prestación personal del servicio; ii) retribución o salario, y; iii) 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.

Teniendo en cuenta la normatividad anterior, debe indicarse que la prestación personal del servicio no se presta para mayor controversia, ya que el mismo demandado desde su escrito de contestación acepta la existencia de un contrato de trabajo verbal a partir del 8 de noviembre de 1999, no obstante, afirma que esta finalizó el 12 de enero de 2011, fecha en la cual se suscribió contrato por prestación de servicios por las partes, situación que fue ratificada no solamente con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, sino también con la certificación visible a folio 9 del plenario, en la que consta que el actor presta sus servicios como latonero automotriz desde el 10 de febrero de 2001, devengando salario por la suma de $1.800.000.oo, la que fue suscrita por el aquí encartado el 6 de diciembre de 2010, por lo que se advierte, que en efecto se encuentra acreditada la prestación personal del servicio a partir del 8 de noviembre de 1999.

No obstante lo anterior, el demandado manifiesta que la misma estuvo vigente hasta el 12 de febrero de 2011, fecha en la cual se suscribió contrato de prestación de servicios entre las partes, por lo que la relación primigenia se encontraría prescrita.

De acuerdo con ello, se advierte que a folio 78 del plenario se encuentra contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y el demandado, en el que se fijó como objeto la prestación del servicio como latonero de forma independiente, sin subordinación o dependencia, por un período de 12 meses, fijando como honorarios la suma de $10.000.000 anuales, por lo que percibiría como honorarios una suma mensual de $850.000.oo, los que serían cancelados previa presentación del pago de los aportes en el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que en principio se podría indicar que en efecto surgió una nueva relación contractual.

No obstante, se hace necesario estudiar el contrato suscrito entre las partes, para determinar si en efecto la naturaleza que originó el mismo fue civil y no laboral.

Al respecto, debe indicarse que conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, el mismo establece como principio en materia del derecho al trabajo *"la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por os sujetos de las relaciones laborales"*, situación que implica, que sin importar la denominación que se otorgue por las partes a los convenios o contratos suscritos, se debe propender por establecer la realidad que surgió con la firma de los mismos.

En ese orden de ideas, en el trámite de primera instancia se recepcionó el interrogatorio de parte del demandado, quien informó que en efecto sostuvo una relación laboral con el demandante hasta el 12 de enero de 2011, momento en el cual se suscribió contrato de prestación de servicios con el mismo, quedando a su cargo el pago de la seguridad social, no obstante, sin que dicho pago se verificara, pues no exigió para la cancelación de los honorarios la planilla de pago de las cotizaciones al

Sistema Integral de Seguridad Social; adujo, que el actor era autónomo e independiente para realizar su labor, por lo que no era necesario impartir instrucciones o indicaciones frente a la forma como se desempeñaban las funciones. Así mismo, indicó que el actor prestaba sus servicios a otras personas, por lo que no se generó el contrato de trabajo con posterioridad al 2011.

Así mismo, se escuchó el interrogatorio de parte del demandante, quien informó que laboró al servicio del demandado, que cumplió el horario de trabajo y que de forma eventual y previo permiso del demandado prestaba sus servicios una vez finalizada su jornada laboral, con posterioridad a las 6 de la tarde, reconociendo que uno de los propietarios de otros establecimientos era el señor René Quiroga

Por su parte, el señor René Quiroga Muñoz testigo de la demandada, manifestó que conoció al demandante a partir del año 2008, que ingresó a laborar al servicio del demandado, que era quien le daba órdenes y le asignaba los trabajos al demandante, que el actor le prestaba servicios al deponente por horas y de acuerdo a la cantidad de trabajo, y que se mantuvo prestando servicios hasta el año 2014; indicó que para prestarle servicio, el actor llegaba con herramienta, que no sabe si era de donde el señor Crisanto o traía de su casa.

En lo atinente con el testimonio del señor José García Rendón, debe indicarse que tal declaración no genera certeza alguna, como quiera que al deponente no le consta situación particular sobre la forma en la que prestó sus servicios el demandante, sin poder advertir de forma directa los hechos objeto de esta controversia, ya que la información que obtuvo fue de oídas, de conformidad con el dicho del hoy demandante.

Atendiendo a las pruebas aportadas y recepcionadas en el trámite de primera instancia, debe indicarse que en efecto se arriba a la misma conclusión a la que llegó la falladora de primer grado, teniendo en cuenta que si bien el demandado adujo la existencia de un contrato de prestación de servicios, también lo es, que en su declaración surgieron múltiples contradicciones, partiendo que en principio no reconoció la relación laboral desde el año 1999, pero con posterioridad lo admite, así como, que manifiesta que los honorarios se pactaron en un 50% para el demandante y el restante 50% en favor del local y en la que podía devengar la suma de $3.000.000 o $4.000.000 quincenales, sin embargo, del mismo contrato que se suscribió por las partes se extrae que pactaron la suma de $850.000 mensuales por los honorarios, de lo que se advierte que lo pretendido por el demandado era disfrazar la relación laboral a partir del año 2011, que venía vigente desde el 8 de noviembre de 1999, ya que en efecto, ni siquiera el mismo demandado pudo determinar el monto de los honorarios supuestamente devengados, situación que no es comprensible, ya que se reitera se pactó una suma totalmente diferente a la identificada por el encartado.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que si bien el demandante manifestó haber prestado servicios en favor el señor René Quiroga Muñoz, también lo es, que lo hacía de forma esporádica, situación que en principio fue manifestada por el mismo señor Quiroga Muñoz, pero que con posterioridad en su misma declaración fue variada, en el sentido que pasó de ser esporádica o por horas, a convertirse en casi permanente, por cuanto afirmó que podía laborar al su servicio por espacio de 15 días en el mes y que le efectuaba el pago de los trabajos que realizaba, por lo que de acuerdo con lo anterior, se advierte que no existe certeza acerca de que la naturaleza del contrato de prestación de servicios fuera netamente civil, sino que por el contrario, se avizora que la misma tuvo connotación laboral,

por cuanto al actor se le daban órdenes por el aquí demandado, no estrictamente frente a la forma en la que debía hacer el trabajo, sino en cuanto a la calidad, cantidad y tiempo para el desarrollo del mismo, por lo que se advierte en efecto la existencia del vínculo laboral deprecado, situación por la que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, frente a la concurrencia de contratos que no advierte el apoderado del demandado, debe indicarse, que en efecto se advierte que el actor realizaba unos trabajos a otras personas distintas al encartado, sin embargo, dicha situación no puede ser suficiente para declarar la existencia del contrato de prestación de servicios, más aún, si se tiene en cuenta que a la persona a la que prestó dichos servicios, manifestó en principio que fue de forma esporádica ante las preguntas efectuadas por la aquo y con posterioridad cambió su versión, en el sentido que podía prestar sus servicio por espacio de 15 días al mes, así como, que en principio manifestó que para que el señor Sogamoso Cuenca pudiera asistir debía solicitar permiso al señor Crisanto, situación que también fue variada con posterioridad, indicando que no requería dicha autorización y que podía asistir de forma libre, fundamentos de los que se puede advertir, que en efecto se originó la prestación de servicios en favor de un tercero, pero no así, la modalidad contractual que pone de presente el demandado, por lo que se advierte la existencia del contrato de trabajo entre las partes y respecto de los extremos temporales fijados por la falladora de primer grado.

Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno referente con las condenas impuestas, así como por la absolución de las pretensiones que realizare la aquo, teniendo en cuenta que no se discutieron las mismas mediante el recurso de apelación por cada una de las interesadas.

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. Esta sentencia se notifica en ESTRADOS.

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° 110-01-31-05-027-2017-00443-01. Proceso Ordinario de primera instancia de Elcy Robledo Garzón 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 el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de junio de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

Previo a resolver lo pertinente, se advierte que se allegó memorial visible a folio 201 a 205 del plenario, por lo que se reconoce personería para actuar a la Doctora Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S.J. como apoderada principal de la demandada Colpensiones, de conformidad con la escritura pública a ella conferida; así mismo, se reconoce personería al Doctor Gustavo Enrique Martínez González identificado con C.C. No. 1.014.196.194 y T.P. No. 276.516 del C.S.J., para actuar como apoderado sustitutito de la demandada Colpensiones, conforme con el poder a él conferido.

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. se ordene el traslado de la demandante a Colpensiones y se condene a Porvenir al pago de los perjuicios causados y los intereses moratorios y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones en lo que interesa al asunto, manifestó que inició su vida laboral en el ISS el 1° de enero de 1996, no obstante, cuando laboraba para el Hospital Simón Bolívar se efectuó reunión por parte de Porvenir S.A., en la que se le informó que debía trasladarse al fondo privado, por cuanto el ISS desaparecería y se perdería el ahorro pensional, manifestándose que se podía pensional cuando ella quisiera, sin tener en cuenta un límite de edad, que obtendría una mesada pensional superior, no obstante. No se le informaron las particularidades del RAIS, entre ellas, el capital que debería tener para el derecho pensional, los criterios de liquidación y en general acerca de los beneficios y perjuicios de su traslado; que elevó derecho de petición a Porvenir solicitando fecha de afiliación al fondo. Documento relativos a dicha actuación, cálculo actuarial de pensión, capital mínimo para pensión, copia de la historia laboral, información del régimen de transición y traslado inmediato a Colpensiones, petición respecto de la cual no se ha emitido respuesta.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso entre otras en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. Por su parte la demandada Porvenir S.A., propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, y buena fe.

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., por lo que ordenó transferir todas las sumas de dinero que existían en la cuenta de ahorro individual de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, y ordenó a Colpensiones así mismo a recibirlas y reactivar la afiliación. Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la demanda Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, además de incumplir con el deber del buen consejo que ha trazado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, que fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

El apoderado de la demandada Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión de primer grado, pues considera que las jurisprudencias en las cuales se basa el despacho para sentenciar no son aplicables al caso concreto, aunado con que se demostró la debida asesoría con los interrogatorios de parte en los que la actora admitió recibir la misma. De igual forma, manifestó que la demandante a la fecha de hoy no podría alcanzar a pensionarse con el régimen de prima media, pues tiene 1160 semanas, mientras que con la AFP con solo 1150 semanas ya podría adquirir el derecho pensional.

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 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], posición que fue

---

[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

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, 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

---

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.".*

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 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 confirmará 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 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.

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 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 y como las cosas vuelven a su origen, de tal manera que no es procedente autorizar la retención de las cuotas de administración como lo plantea el recurrente.

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, se reitera, que si bien el apoderado de Porvenir S.A. afirmó que el deber de información se brindó al momento de efectuarse la afiliación de la demandante, también lo es, que dicho afirmación se queda sin sustento probatorio alguno, ello con ocasión de la inversión de la carga de la prueba y con la falta de su deber legal consagrada en el artículo 167 del C.G.P., por lo que debió acreditar su dicho, situación que ocurre en la misma forma, respecto al buen consejo como así lo determina la pasiva, ya que tampoco se acreditó situación alguna al respecto.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo de la demandada 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** de ambas instancias a cargo únicamente de la encartada 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. **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° 11-001-31-05-026-2015-00596-01. Proceso Ordinario de Octavio Méndez Torres contra Grupo Sergen Servicios S.A. 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 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 contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de septiembre de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad GRUPO SERGEN SERVICIOS SAS y de forma solidaria con el señor CHRISTIAN CAMILO ALONSO ROBLES en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado como SURTIAVES 22 DE BOSA por el período comprendido entre el

27 de marzo y el 12 de septiembre de 2014, la que finalizó sin justa causa por los empleadores y que como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y horas extras diurnas y nocturnas causadas durante la vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., así como a la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, los perjuicios morales, los aportes en el Sistema General de Pensiones, las intereses moratorios y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que fue contratado de forma verbal por el señor Christian Camilo Alonso Robles en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado como *"SURTIAVES 22 DE BOSA"* el 27 de marzo de 2014; que el actor firmó contrato de trabajo con el GRUPO SERGEN SERVICIOS S.A.S., para desempeñar el cargo de administrador de SURTIAVES 22 DE BOSA, teniendo como funciones las de atender clientes, asistir caja, rotación de mercancía, arqueo contable, entre otras; que laboró de domingo a domingo, prestando sus servicios de lunes a jueves y el domingo de 9:00 am a 11:00 pm y los viernes y sábados de 9:00 am a 12:00 de la noche, devengando un salario por la suma de $980.000, de los cuales la suma de $616.000 correspondían al salario básico mensual y percibiendo 150 pesos por pollo vendido y 200 pesos por plata a la carta, que nunca se le pagaron las horas extras diurna y nocturnas; que el actor se dio cuenta acerca de unos desfalcos en la mercancía, situación que fue denunciada ante el señor Wilson Poveda; que el señor Christian Camilo Alonso Robles era quien efectuaba el arquero de caja, no obstante, el 12 de septiembre de 2014 de forma unilateral se despido al trabajador por parte del señor Octavio Méndez Torres quien adujo un descuadre de dineros;

efectúan el pago de sus pretensiones sociales, enfatizando, que de los documentos aportados generan indicios de la relación laboral, de los cuales no se puede extraer el principio de transparencia y ética, por lo que se deben conceder las pretensiones.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las peticiones elevadas por el actor, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar la existencia de la relación laboral reclamada y de encontrarse probada, establecer si es o no procedente la concesión de las prestaciones sociales, la compensación de las vacaciones y demás indemnizaciones y sanciones peticionadas.

En ese orden, en cuanto las pretensiones de la demanda recaen sobre la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, 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 esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, 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, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

derivan de forma directa de la declaratoria del contrato de trabajo, respecto de la cual como ya se advirtió, no se demostró la prestación personal del servicio, así como tampoco, los extremos temporales que pudieron regir durante la relación laboral, ya que los únicos documentos que darían fe de los mismos, serían las liquidaciones finales de prestaciones sociales, respecto de las que como ya se dijo, no se podría dar valor alguno al no estar firmada por ninguno de los extremos procesales.

Finalmente, debe precisarse que no es posible acoger los argumentos de la parte actora, referente con que debió darse aplicación estricta a la presunción de existencia del contrato de trabajo, así como respecto de la confesión de los encartados ante la falta de asistencia a la audiencia de conciliación, e inasistencia a la audiencia en que se llevaría a cabo su interrogatorio de parte, por cuanto de conformidad con el artículo 56 del C.G.P., al curador ad litem no puede recibir, ni disponer del derecho en litigio y por ello, no se podría dar aplicación a la presunción de certeza de los hechos de la demanda, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primer grado a cargo de la parte actora 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 26 Laboral del Circuito de Bogotá el

28 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia. Costas de primer grado a cargo del demandante 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° 110-001-31-05-034-2018-00643-01. Proceso Ordinario de Betty Monroy de Salamanca contra UGPP y otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en 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 y la apoderada de la entidad demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta respecto de la señora Nancy del Carmen Licona Vargas y de la entidad demandada en los aspectos no recurridos frente a la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que tiene derecho al reconocimiento y pago

de la pensión de sobrevivientes ocasionada por la muerte del pensionado Darío Gilberto Salamanca en calidad de cónyuge, en un monto inicial del 50% y en un 100% a partir del 23 de abril de 2018, se condene a la entidad demandada al pago indexado de dicha prestación a partir de la muerte del señor Salamanca Cortes a partir del 19 de julio de 2010 junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que contrajo matrimonio con el señor Darío Gilberto Salamanca Cortés el 27 de abril de 1969 y que fruto de dicha unión procrearon tres hijas.

Indicó que la extinta Caprecom mediante Resolución 1187 del 22 de junio de 1993 reconoció a favor del señor Darío Gilberto Salamanca Cortés pensión de jubilación de forma vitalicia.

Afirmó que mediante escritura pública de fecha 9 de marzo de 1994 decidieron con el causante disolver y liquidar la sociedad conyugal formada por el hecho de su matrimonio, pero que nunca decidieron realizar el trámite del divorcio; y que éste falleció el 19 de julio de 2010.

Agregó que solicitó el reconocimiento del derecho pensional el 8 de noviembre de 2010, pero que el mismo le fue negado mediante Resolución del 29 de julio de 2011 y se le reconoció de forma definitiva a la hija Carolina Salamanca Liconoa en un 100%.

Las vinculadas en condición de Litis consortes necesarias Nancy del Carmen Licona Vargas y Carolina Salamanca Licona, dieron respuesta a la acción a través de un mismo apoderado en escrito separado, oponiéndose a todas las pretensiones. Respecto de Nancy del Carmen Licona propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de las obligaciones para con la demandante; y respecto de la vinculada

Carolina Salamanca Licona se propuso la excepción de improcedencia de la acción.

Así mismo, una vez notificada la entidad pública accionada, dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirima la controversia entre las pretendidas beneficiarias. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, no pago de intereses moratorios, entre otras.

La *aquo* condenó a la entidad demandada al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia a favor de la demandante Betty Monroy de Salamanca en un 100% a partir del 24 de abril de 2018 y la absolvió de las pretensiones de Nancy del Carmen Licona Vargas.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que la demandante en condición de cónyuge es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia causada con ocasión a la muerte del causante en tanto acreditó haber convivido con éste por un término superior a cinco años; circunstancia que afirma no acreditó la señora Nancy del Carmen Licona Vargas, pues la relación que ésta sostuvo con el accionante no fue pública.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación; sin embargo se rechazó en esta instancia el recurso de apelación que interpuso la apoderada de las vinculadas en condición de litisconsortes necesarias, en tanto los argumentos que expuso controvertían parcialmente el recurso que interpuso el apoderado de la demandante, más no la sentencia de primer grado, con la que por demás refirió estar de acuerdo.

El apoderado de la demandante solicita en esencia, de un lado, se acceda al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia a favor de su mandante, a

partir del 19 de abril de 2010 en un 50% hasta el 23 de abril de 2018, fecha en que Carolina Salamanca Licona cumplió 25 años de edad; y de otro, para que se reconozcan los intereses de mora deprecados, en tanto el derecho pensional no se reconoció dentro del término de 2 meses que establece para el efecto la Ley 717.

Por su parte la apoderada de la entidad demandada apela a efectos de que esta Corporación defina acerca de la procedencia del reconocimiento del derecho pensional de la demandante, en tanto no se demostró la convivencia con el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento de éste.

Afirma que las pruebas existentes al interior del expediente administrativo no permiten establecer las condiciones y tiempos exactos de convivencia de dicha reclamante, máxime cuando esta en declaración extra juicio indicó que convivió con ésta hasta la fecha de su fallecimiento.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primer grado fue adversa tanto a la señora Nancy del Carmen Licona como a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de una y otra.

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

CONSIDERACIONES:

En virtud de los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar si ésta última se encuentra obligada al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor de Betty Moroy de Salamanca en condición de cónyuge, y de la Nancy del Carmen Licona Vargas en condición de compañera permanente, con ocasión al fallecimiento del pensionado Darío Gilberto Salamanca Cortés; y de ser así, si es procedente ordenar el reconocimiento de dicha prestación a partir del 19 julio de 2010 junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que el señor Darío Gilberto Salamanca Cortés falleció el 19 de julio de 2019, ni que la extinta Caprecom reconoció en su favor pensión de jubilación mediante Resolución 1187 del 22 de junio de 1993 con ocasión a los servicios que prestó en Telecom.

Conforme con los anteriores supuestos, advierte la Sala que, la normatividad conforme con la cual corresponde determinar la procedencia del reconocimiento del derecho pensional deprecado en principio es la establecida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003. Disposición que entre los supuestos que establece para la causación de la pensión de sobrevivencia, el hecho o circunstancia que el causante ostente la condición de pensionado.

Bajo tal perspectiva, en tanto como se indicó, no se discute que el causante se encontraba pensionado para el momento de su muerte, corresponde únicamente determinar si la demandante, Betty Monroy de Salamanca, en condición de cónyuge, y la vinculada en condición de listisconsorte

necesaria, Nancy del Carmen Licona Vargas, en condición de compañera permanente, acreditan la condición de beneficiarias del referido derecho pensional en los términos de la norma en mención, la que para el efecto exige la convivencia con el causante de no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Frente a este aspecto corresponde indicar que no es motivo de discusión entre las partes y se encuentra acreditado, que el causante contrajo matrimonio con la señora Betty Monroy el 27 de abril de 1969; aspecto que por demás se corrobora con el correspondiente registro civil visible a folio 6 del expediente, ni que mediante escritura pública del 9 de marzo de 1994, liquidaron la sociedad conyugal.

Ahora bien, de un análisis conjunto de las declaraciones vertidas tanto por la demandante como por las vinculadas en condición de litisconsortes necesarias, al absolver interrogatorio de parte, y los testigos Pablo Enrique Salamanca Cortés, hermano del causante, Gloría Alcira Alvarado Forero, en condición de vecina, y Samara Milena Salamanca Monroy, en condición de hija de la demandante y el causante; dimana en forma clara que el causante convivió con la señora Betty Monroy desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta finales del año 1989.

En efecto, la señora Nancy del Carmen Licona Vargas, al absolver interrogatorio de parte indicó llegó a vivir con la pareja conformado por el causante y la señora Betty Monroy a mediados del año 1989, y que aproximadamente dos meses después la demandante se fue con sus hijas, quienes posteriormente regresaron solas y se fueron separando del lado de su padre una a una.

Por su parte el deponente Pablo Enrique Salamanca Cortés, que el causante contrajo matrimonio con la demandante en el año 1969 y que su relación

como pareja se desarrolló en el Barrio San Jorge, en el Barrio Santa Isabel, en un Conjunto sobre la Av. Caracas con calle 4ª, en el B. Teusaquillo y finalmente sobre la calle 53 con carrera 17 aproximadamente; indicó que en un principio tuvo una relación bastante cercana con la pareja en tanto vivían en casa de sus padres, que se separaron en el año 1989 pero que posteriormente reanudaron la relación, la que afirma se extendió hasta el año 2004.

La deponente Gloría Alcira Alvarado, indicó que llegó a vivir con su familia en el año 1985 a una casa bifamiliar y en donde vivía el causante con la señora Betty Monroy y sus tres hijas, que pudo advertir que en el año 1989 éstas se separaron, que unos meses después regresaron, pero que la demandante unos meses después se separó definitivamente.

Y la deponente Samara Salamanca Monroy indicó que en el año 1989 la demandante se separó del causante debido al maltrato físico al que éste la sometía, que en dicho momento la demandante se la llevó a ella y a sus dos hermanas, pero que aproximadamente dos meses después regresaron y la demandante convivió con el causante hasta el año 1994.

Así mismo, de acuerdo con la escritura pública mediante la cual la demandante y el causante liquidaron la sociedad conyugal, otorgada el 9 de marzo de 1994, estos señalan que para ese momento ya se encontraban separados de cuerpos.

Bajo tal perspectiva, como se indicó en forma precedente a juicio de la Sala, se puede establecer con total claridad de la convivencia de la demandante con el causante en condición de cónyuge hasta el año 1989, pues a pesar de que se refiere que posteriormente esta regresó no hay certeza acerca del tiempo de convivencia de la pareja, pues las declaraciones vertidas en tal sentido no dan claridad al respecto.

En lo que respecta a la relación de pareja de a señora Nancy del Carmen Licona Vargas, corresponde indicar que los deponentes Pablo Enrique Salamanca Cortés y Samara Salamanca Monroy, coinciden en afirmar que aquella tan solo era la empleada del servicio doméstico y que si bien éste reconoció a una hija de Nancy del Carmen como hija suya fue porque se encariñó con ella y la adoptó.

Ahora si bien dichas declaraciones se contraponen al dicho de la testigo Gloría Alcira Alvarado, quien indicó que veía al causante con la señora Nancy del Carmen como una pareja normal, también lo es, que esta reconoce que nunca tuvo una relación cercana ni al causante, ni a la señora Nancy del Carmen y que llegó a dicha conclusión porque siempre los veía juntos. Aunado a ello, no puede pasar desapercibido para la Sala que a folios 25 a 27 obran certificaciones laborales de liquidación de prestaciones sociales, por los años 1997, 2001 y 2002 y a folio 208 obra certificación expedida por la EPS Cruz Blanca en la que se advierte que estuvo afiliada al sistema de salud como beneficiaria en condición de compañera permanente del señor Arnobis Hernández Tordecilla hasta el mes de agosto de 2005.

Así mismo, es del caso tener en cuenta que si bien la señora Nancy del Carmen al absolver interrogatorio insiste en que la relación con el causante como pareja sí existió, esta misma reconoce que la misma fue oculta, que el causante nunca la presentó como su compañera permanente, al punto que reconoce que tenían en el primer piso una habitación en la que supuestamente ella vivía, pero que era por apariencia.

Del análisis conjunto de los diversos medios de prueba señalados, a juicio de la Sala no merece ningún reproche la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, en tanto, con el material probatorio no

es posible establecer con total grado de certeza la existencia de una relación de pareja entre el causante y la señora Nancy del Carmen Licona; y la demandante, Betty Monroy de Salamanca acreditó la convivencia con el causante en condición de cónyuge por espacio de 20 años; circunstancia que a juicio de la Sala permite a ésta última acceder al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, conforme lo prevé el inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto dicho precepto confirió la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, sin importar que éste corresponda o no a los últimos días de vida del causante, siempre y cuando sea de al menos 5 años.

Ahora, en punto a la fecha de reconocimiento de la prestación, considera la Sala le asiste razón al apoderado de la demandante, pues el derecho pensional se causó con ocasión a la muerte del pensionado, el 19 de julio de 2010 y no existe negligencia por parte de la demandante en su reclamo, pues conforme se advierte en el acto administrativo en que se le negó la prestación, solicitó su reconocimiento el 8 de noviembre de 2010.

Bajo tal perspectiva resulta procedente el reconocimiento del derecho pensional a favor de la demandante desde el 19 de julio de 2010, sin embargo, en tanto se advierte la existencia de una hija del causante, a quien se reconoció el derecho por parte de la entidad accionada, corresponde ordenar el reconocimiento de la prestación a favor de la señora Betty Monroy en un 50% hasta el 23 de abril de 2018, data en la que aquella perdió la condición de beneficiaria del derecho pensional, momento a partir del cual el derecho pensional se debe reconocer a la demandante en un 100% del monto que percibió el causante.

Pese a lo anterior, dado que la entidad accionada propuso la excepción de prescripción, corresponde señalar que al tenor de lo dispuesto en el artículo

151 del C.P.T. y S.S. en concordancia con el artículo 6° de la misma obra, las mesadas causadas con anterioridad al 21 de noviembre de 2015 se encuentran prescritas, pues el derecho se causó el 19 de julio de 2010, se reclamó el 8 de noviembre de la misma anualidad, el acto administrativo mediante el que se resolvió dicha solicitud data del 29 de julio de 2011 y la demanda se presentó tan solo hasta el 21 de noviembre de 2018.

Se aclara en todo caso, que en tanto, a pesar de existir discusión en el reconocimiento del derecho pensional entre la demandante y la señora Nancy del Carmen Licona, la entidad demandada optó por reconocer en forma definitiva el derecho pensional en un 100% a favor de Carolina Salamanca Licona en condición de hija del causante, desconociendo el contenido el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, ésta no se encuentra obligada a restituir suma alguna, en tanto recibió los pagos de buena fe.

En lo que respecta al reconocimiento de intereses de mora, ningún reparo merece la determinación que acogió la juez de primer grado, dado que los mismos se reconocen ante la tardanza en el reconocimiento de la prestación y como se advirtió, ante la existencia de controversia entre las beneficiarias, la entidad accionada no se encontraba facultada legalmente para reconocer el derecho pensional.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

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.- MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia impugnada, únicamente en el sentido de condenar a la entidad demandada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Betty Monroy de Salamanca a partir del 21 de noviembre de 2015 en un 50%.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión

TERCERO.- 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)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038-2017-00369-01 Proceso de Fuero Sindical (Acción de Reintegro) de Lina María Rojas Arbeláez contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C., la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo previsto por el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

A través de apoderado la demandante convocó a la sociedad Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, para que mediante los trámites propios del proceso de fuero sindical, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o otro de igual o superior categoría junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la fecha en que se produzca el reintegro. Pretensiones que tienen sustento, en síntesis, en los siguientes,

HECHOS:

Narra básicamente la accionante que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo desde marzo de 1999 hasta febrero de 2006, a través de las empresas Adeco, Servicol ltda, Emplear S.A. y Coodecafé; y que a partir del 1° de marzo de 2006 hasta el 1° de marzo de 2017 directamente con la demandada.

Indicó que el último cargo que desempeñó fue el de Extensionista en el Comité Municipal de Cafeteros del Quindío con un salario de $2045.397,oo; que para el momento de su despido ostentaba la condición de aforada dada su condición de Fiscal de la Junta Directiva de Sintrafec Seccional Buga y que la demandada no solicitó autorización al Juez del Trabajo para realizar el despido.

Afirmó que entre la demandada y el sindicato de trabajadores Sintrafec, se suscribieron convenciones colectivas de trabajo desde el año 1961 hasta el año 1998, cuya aplicación se acordó extender a todos los trabajadores.

Sostiene que de acuerdo con lo que las partes establecieron en la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 en su artículo 40 y en la cláusula 8 de la Convención Colectiva de 1976, todo trabajador que cumpla un año de servicio continuo sería vinculado como trabajador permanente con contrato a término indefinido. Y que la demandada no le aplicó tal beneficio.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 3 de octubre de 2017[1]. Corrido el traslado de ley y practicándose en legal forma la notificación de la organización sindical y de la demandada, ésta última dio contestación al libelo en audiencia pública celebrada el 9 de julio 2019; vista pública dentro de la cual se decretaron las pruebas y profirió sentencia en la que el *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Para arribar a la anterior determinación el servidor judicial de primer grado señaló en esencia que en tanto el vínculo finalizó por la expiración del plazo fijo pactado, no existió despido y por ende no tenía la obligación de pedir permiso para efectuar el despido. Agregó que si bien en las convenciones colectivas de trabajo de 1974 y 1976 se estableció que los trabajadores vinculados mediante contrato a término fijo que hubieren cumplido un año continuo de trabajo, se vincularía como trabajador de la empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido; sin embargo, en el acuerdo colectivo de 1982 se convino un capítulo conformado por 5 artículos en el que se reglamentó el tema de la estabilidad en el cual se eliminó tal prerrogativa.

GRADO JURISIDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la decisión de primer grado fue totalmente adversa a los intereses de la trabajadora y no fue apelada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se remitió a esta instancias para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

---

[1] Cfr, fls 255

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo cual amerita una sentencia de fondo. Aunado a ello, no se avista la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la demandante a su reinstalación al cargo que ostentaba en virtud de la garantía de fuero sindical y para ello, aun cuando no fue objeto de las pretensiones, de acuerdo con el análisis realizado por el servidor judicial de primer grado, corresponde establecer la modalidad del contrato de trabajo que unió a las partes; dado que en virtud del grado jurisdiccional de consulta se asume el conocimiento de la sentencia de primera de instancia y además, conforme con lo que adoctrinó la máxima Corporación de Justicia Laboral, entre otras en sentencia del 3 de julio de 2013, dentro del radicado 32.912 y STL 6878 de 2015, en la acción de fuero sindical el servidor judicial se encuentra habilitado para analizar cuestiones adicionales, siempre que constituyan supuestos necesarios para definir la procedencia del reintegro.

Para resolver lo pertinente, la Sala encuentra que no fue objeto de discusión entre las partes, que la demandante prestó servicios personales a favor de la demandada, entre el mes de marzo de 1999 hasta febrero de 2006 como trabajadora en misión, y desde el 1° de marzo de 2006 hasta el 28 de febrero de 2017 mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo.

Así mismo, tampoco es objeto de discusión entre las partes que el último vínculo lo dio por terminado la sociedad demandada aduciendo la

expiración del plazo fijo pactado y que para ese momento la demandante se encontraba amparada por la garantía de fuero sindical, en condición de integrante la Junta Directiva de la organización sindical Sintrafec seccional Buga.

En punto a la modalidad del contrato de trabajo que unió a las partes, la parte actora plantea en los supuestos fácticos de la demanda que es a término indefinido en virtud de lo establecido en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas en los años 1974 y 1976; sin embargo, a juicio del servidor judicial de primer grado no resultan aplicables tales disposiciones en tanto en acuerdo colectivo posterior se reglamentó el tema de la estabilidad laboral y no previó tal prerrogativa.

Al respecto, advierte la Sala que el criterio indicado por el servidor judicial de primer grado se ajusta al expuesto por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL6231 del 11 de mayo de 2011[2] en un caso en que alta Corporación analizó las referidas cláusulas extralegales, y que comparte esta Sala de decisión por las razones que se pasan a exponer.

En efecto a pesar de que en el artículo 40[3] de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 y en la cláusula octava[4] de la Convención Colectiva de

---

[2] *"(...)*
De suerte que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 de la convención colectiva de 1978, CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS-, en la medida en que el susodicho parágrafo de la cláusula 8ª de la convención colectiva de 1976, efectivamente ***sí*** *fue excluido por las partes del acuerdo colectivo."*

[3] Cfr CD fl 210 *"ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATO DE TRABAJO.*
En caso de terminación unilateral de Contratos de Trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicio:
(...)
Parágrafo 1º.- Todo trabajador de contrato de Término Fijo que cumpliere o hubiere cumplido un (1) año de servicio cont[i]nuo al PATRONO, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido.
(...)"

[4] *"ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO*
En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)

Trabajo de 1976, se estableció en similar sentido, en una cláusula que las partes denominaron "ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO", una tabla indemnizatoria especial en caso de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo, y cada una de estas en un parágrafo previó adicionalmente, que en caso de que un trabajador prestara en forma continua servicios por un año mediante contrato de trabajo a término fijo, se vincularía mediante contrato a término indefinido.

No obstante, en la misma cláusula de la Convención Colectiva de 1978, esto es la clausula denominada "ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO", se aumentó el monto de la indemnización por despido, pero no se estableció la prerrogativa antes prevista en los parágrafos, esto es, la posibilidad de que al trabajador que llevara un año continuo de servicio bajo un contrato de trabajo a término fijo, se le vinculara mediante contrato de trabajo a término indefinido.

La anterior circunstancia a juicio de la Sala denota que la intención de las partes contratantes de modificar los derechos que se agruparon bajo la referida denominación (ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO), aumentando el valor de la indemnización a cancelar por parte de la empleadora en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo y estableciendo incluso la procedencia del reintegro para cierto grupo de trabajadores, pero eliminando la posibilidad de que aquellos trabajadores que llevaran un año de trabajo bajo un contrato de trabajo a término indefinido, se les vinculara mediante contrato de trabajo a término indefinido.

PARAGRAFO.: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliere o hubiere cumplido un (1) año de servicio cont[i]nuo será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido"

Lo anterior, guarda coherencia con lo establecido en el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 en donde se estableció la continuidad de los derechos y prestaciones que fueren modificados con ese nuevo texto convencional, para los trabajadores a quienes se estuvieren reconociendo los mismos al momento de la suscripción de la convención; condición que no cumple la demandante quien como se advirtió se vinculó directamente con la demandada hasta el año 2006.

Acorde con lo expuesto, a juicio de la Sala ningún reparo la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues en tanto la prerrogativa que estableció la Convención Colectiva de Trabajo en el año 1976 en el parágrafo de su cláusula octava, no se encontraba vigente para el momento de la vinculación de la demandante, forzoso resulta concluir que a la terminación de su relación laboral con la demandada, la modalidad del contrato de trabajo lo era a término fijo.

Dilucidado lo anterior, considera la Sala oportuno recordar, que conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional, 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:

> *"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, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más..."*

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 2º 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... "*

Pese a lo anterior, en tanto, como se concluyó, las partes estuvieron atadas en virtud de un contrato de trabajo a término fijo que finalizó ante la expiración del plazo fijo pactado de entrada advierte la Sala, que tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado la accionante, no es acreedora al derecho al reintegro peticionado, pues el empleador frente a un contrato de trabajo a término fijo, no está obligado a solicitar el permiso judicial para poder prescindir de los servicios personales de su trabajador, en la medida

que la expiración del plazo pactado no es una justa causa de terminación del vínculo jurídico que ata a empleador y trabajador sino una de las causas que contempla la Ley para el fenecimiento del contrato, que se encuentra contemplada en el literal c) del artículo 61 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990.

Esta Sala de Decisión ha señalado, que un trabajador aforado tiene toda la protección legal y constitucional que de esa garantía se deriva mientras está vigente su contrato de trabajo, que de haberse pactado a término determinado y por la protección foral, no implica que aquél se convierta en indefinido o no se pueda dar estricta aplicación a una de las formas autorizadas por el legislador para su culminación, en cuanto el empleador no prescinde de los servicios del trabajador por un mal comportamiento o defraudación en la confianza depositada en él en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones sino por estar contemplada en el ordenamiento jurídico una razón objetiva para no continuar con esa forma de vinculación.

Dicho argumento ha sido respaldado con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, explicado en sentencia del 25 de marzo de 2009, radicado No. 34142[5], en el que adoctrinó:

> *"(...) Lo anterior no obsta para precisar que, en tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.*
>
> *En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por período fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un*

[5] M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical.

En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas. (...)".

Criterio que también tiene respaldo en pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T-592 de 2009[6] donde expresó:

"6.3. Téngase también presente que en relación con la aplicación de la garantía del fuero sindical a los contratos de trabajo a término fijo, en Sentencia T-1334 de 2001 esta Corporación precisó:

'Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuando existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor'.

En los mismos términos, en la Sentencia T-116 de 2009, antes mencionada, la Corte señaló:

'En relación con la inaplicación de la garantía del fuero sindical a los contratos de trabajo a término fijo, no sobra advertir que el Tribunal en las sentencias impugnadas hizo expresa mención a la jurisprudencia sobre la materia, en particular a la de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual esa apreciación 'es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que éstos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley'.

---

[6] M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Posteriormente, en la Sentencia T-162 de 2009, en un caso similar al ahora analizado, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional reiteró el anterior criterio en los siguientes términos:

> *'De otro lado, cabe señalar que si bien en la sentencia T-326 de 2002, se sostuvo que no tramitar previamente una autorización judicial para despedir al trabajador aforado es una omisión que genera una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical, se hizo una salvedad a dicha prohibición en relación con los contratos a término fijo, cuando reiterando lo afirmado anteriormente en la sentencia T-1334 de 2001 , se dijo: "Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuándo existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor." (negrilla y subrayado adicionado)'.*

Queda así claro que la jurisprudencia precitada sostiene que, cuando el contrato laboral a término fijo celebrado con trabajador aforado concluye por vencimiento del plazo, no es necesaria la calificación judicial previa. (...)".

Acorde con lo anterior, cuando se acredita que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, la garantía foral que tenía el trabajador para no ser despedido ni trasladado o desmejorado en sus condiciones laborales, sólo tiene vigencia en el tiempo en el cual permanece activo el plazo pactado con sus debidas prórrogas, pues una vez llegado el momento de su finalización, el empleador puede hacer uso legítimo de aquél informando con el plazo legalmente requerido al trabajador aforado, que no es su deseo mantener la relación jurídica así convenida, sin que para ello sea necesario el permiso judicial respectivo.

En este punto interesa señalar que cuando el empleador decide no prorrogar el contrato de trabajo a plazo determinado respecto de los trabajadores aforados, por ser una facultad legal, en términos generales no limita la acción del sindicato, pues los suplentes del órgano de dirección vendrán a reemplazar a los principales, o si salen quienes se encuentran como

suplentes, precisamente serán los principales quienes se encargarán de ejercer su labor para convocar a una asamblea en la que se elegirán los reemplazos de los miembros retirados, y de esa manera, continuar con el normal desarrollo del objeto social de la organización sindical.

Los argumentos expuestos considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia en tanto el conocimiento de la decisión de primer grado se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

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, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia.

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. 11-001-31-05-029-2015-00404-01. Proceso ordinario de Enrique Jaramillo Anjel contra Axioma Comunicaciones SAS y Alianza Laboral E.C.T.A. (Apelación Sentencia)

Sería del caso continuar con el trámite de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de abril de 2018, conforme se dispuso en providencia anterior, si no fuera porque la Sala se encuentra frente a una causal de nulidad expresa e insaneable.

Lo anterior se afirma en cuanto se advierte que la servidora judicial de primer grado en proveído del 2 de noviembre de 2016[1] dispuso el emplazamiento de la demandada Alianza Laboral CTA en liquidación ordenando la publicación del mismo en los diarios el Siglo o la República; sin embargo, revisado el expediente, no se observa el cumplimiento de dicha orden, no obstante que dicha demandada estuvo representada en el juicio por Curador Ad-litem, quien se notificó y dio respuesta en su nombre.

---

[1] Cfr fl 227

En efecto, el artículo 29 del C.P.T. y S.S. en relación con éste tipo de notificación establece:

> *"Cuando el demandante manifieste bajo juramento, que se considera prestado con la presentación de la demanda, que ignora el domicilio del demandado, el juez procederá a nombrarle un curador para la litis con quien se continuará el proceso y ordenará su emplazamiento por edicto, con la advertencia de habérsele designado el curador.*
>
> *El emplazamiento se efectuará en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 318 del Código del Procedimiento Civil y no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido. (Resalta la Sala)*
> *(...)"*

Del tenor literal de la norma en cita, se establece con total claridad que a efectos de llevar a cabo la notificación del demandado respecto de quien se ignora el domicilio, en materia laboral corresponde en primer lugar designarle curador ad litem para que asuma su representación y adicionalmente se le debe emplazar en la forma prevista en el inciso 2º del artículo 318 del ordenamiento procesal civil, disposición que la fecha corresponde al artículo 293 y 108 del C.G.P.

En las condiciones expuestas, comoquiera que dentro del proceso no se verifica la elaboración y publicación del edicto emplazatorio, conforme lo ordena el artículo 29 del C.P.T. y S.S. se está ante nulidad de carácter insaneable de conformidad a lo establecido en el numeral 8º artículo 133 del Código General del Proceso, el cual indica:

> *"El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*
> *(...)*
> *"8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes..."*

Conforme los expuesto es evidente el error en que incurrió la *aquo* al proferir decisión de fondo sin que se hubiere realizado la publicación del edicto emplazatorio, contrariando de esta manera la preceptiva constitucional al inobservar el debido proceso conforme los artículos 29 del C.P.T. y S.S.

En este punto conviene recordar, que dentro del proceso judicial existen unos rituales o formas que garantizan el ejercicio y respeto del derecho de defensa y contradicción de los litigantes, por esa razón, para que aquellos actos surtan plenos efectos jurídicos, deben garantizar ese derecho a las partes. Estos actos, más que ser considerados como mecanismos sin mayor sentido o que obstaculizan la actuación judicial, buscan delimitar el camino previo para llegar a una sentencia que ponga fin a la discusión entre los sujetos en. Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual se debe garantizar el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas para que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

En consecuencia, previendo el error procesal de la juez de primera instancia y teniendo en cuenta que con su proceder se configuró la causal de nulidad contenida en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P., se declarará de oficio la nulidad de lo actuado a partir de la providencia del 12 de abril de 2018, en la que se profirió sentencia, a fin de que se sujete a lo dispuesto en el artículo 29 del C.P.T. y S.S.; sin que resulte procedente dar aplicación al trámite previsto en los artículos 325 y 137 del Código General del Proceso.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado a partir de la audiencia celebrada el 12 de abril de 2018, para que se de trámite a la notificación de la demandada Alianza Laboral CTA, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, manteniendo la validez las demás actuaciones.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, para que proceda de conformidad con lo puntualizado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Sin Costas.

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° 110-01-31-05-024-2018-00693-01. Proceso Ordinario de Héctor Alfonso Mongui contra Colpensiones (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, 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 demandada, así como el grado jurisdiccional en favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de marzo de 2019.

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

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, la reliquidación de la prestación de vejez reconocida en su favor incluyendo los factores salariales de auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad; y

que así mismo, dada su condición de beneficiario del régimen de transición, se reajuste el valor de su prestación en el 75% de todos los factores devengados en el último años de servicios y el reconocimiento de los intereses de moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustentó de las anteriores peticiones indicó en esencia, que el Instituto de Seguros Sociales reconoció en su favor pensión de vejez en cuantía inicial de $687.926,oo para el año 2010 y que a pesar de que la demandada reajusto el monto a la suma de $715.589,oo, lo cierto es que al momento de realizar la liquidación no tuvo en cuenta los factores salariales por cuya inclusión propende.

Una vez notifica la demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones de la demanda, adujo en su defensa que el reconocimiento de la prestación de vejez del accionante se realizó conforme a derecho y propuso en su defensa las excepciones de prescripción e inxistencia del derecho y de la obligación reclamada.

La juez de conocimiento mediante providencia del 12 de julio de 2017 ordenó la vinculación en condición de litisconsrotes necesarios de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -FONCEP- y el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia; las que una vez notificadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en opocisión a las pretensiones.

La servidora judicial de primer grado, condenó a la entidad demandada a reconocer la prestación de vejez que disfruta el demandante en cuantía inicial de $742.259,70 pero solo a partir del 18 de diciembre de 2012, al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción. Y absolvió las entidades vinculadas de todas las pretensiones.

Para arribar a la anterior determinación indicó que si bien no era procedente la liquidación de la prestación con el promedio de los factores que solicitó el accionante en el úlitmo año de servicios, al realizar la liquidación de la prestación con el promedio de lo devengado en los úlitmos 10 años y los factores que establece el Decreto 1158 de 1994, el valor de la primera mesada pensional era superior a aquel en que la demandada reconoció la prestación.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la entidad demandada interpueso recurso de apelación, en el que argumenta que no es procedente la condena en su contra dado que el derecho se concedió al demandante dando aplicación a las mismas dispocisiones normativas y en razón a ello se debe revisar la liquidación que realizó la *aquo*.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la determinación de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo que establece el artículo 69 del C.P.T. y S.S. corresponde asumir el conocimiento de la decisión de primer grado en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos que no fueron objeto de incoformidad.

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que le corresponde abordar a la Sala en virtud del recurso de apelación interpueso, así como el grado jurisdiccional de consulta, se contrae a determinar si es procedente ordenar el reajuste del valor de la prestación de vejez que percibe el demandante.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes, que el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resoluciones 010231 del 23 de abril de 2010 y 043213 del 22 de noviembre de 2011 reconoció a favor del demandante una pensión de vejez conforme con la Ley 33 de 1985, dada su condición de beneficiario del régimen de transición, a partir del 1° de octubre de 2011, en cuantía inicial de $715.589,oo, monto que reajustó la entidad demandada a la suma de $731.166,oo.

Bajo los anteriores parámetros corresponde a la Sala tener en cuenta que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, y del cual como se indicó es beneficiario el demandante; garantiza de cara a la prestación por vejez y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el artículo 21 y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así ha sido entendido en forma reiterada por la máxima Corporación del trabajo e incluso el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en la sentencia SU 023 de 2018.

Ahora, en el asunto bajo el mismo entendimiento la servidora judicial de primer grado, señaló que no era procedente la liquidación de la prestación de vejez del demandante con el promedio de lo devengado en el último año y que además, los factores que debían tenerse en cuenta para el efecto son los que establece el Decreto 1158 de 1994, determinación que no merece a la Sala ningún reproche en tanto se ajusta a los argumentos previamente señalados y que en principio se ajusta a los parámetros normativos que tuvo en cuenta la entidad accionada en la

Resolución GNR 93588 del 5 de abril de 2016; sin embargo, cuando la *aquo* efectuó las operaciones aritméticas de rigor determinó que sí había lugar a reajustar la mesada pensional del actor, en tanto la suma que estableció era superior a aquella que se reconoció al demandante.

En tal sentido corresponde a la Sala realizar liquidar nuevamente la prestación de vejez del actor dando alcance para el efecto a los parámetros antes referidos y para ello considera la Sala corresponde tener en cuenta el reporte de semanas cotizadas ante la demandada, en tanto allí se relacionan los ingresos respecto de los cuales la demandada se encontraba obligada a tener en cuenta para determinar el monto de la prestación.

Al realizar las correspondientes operaciones aritméticas, conforme al cuadro que se incorpora y hace parte de la presente decisión, se observa que el ingreso base de liquidación de la prestación de vejez del accionante, asciende a la suma de $975.529,53, monto al que al aplicarle una tasa de remplazo de 75% arroja una mesada pensional de $731.647,15; suma que es ínfimamente superior a la que reconoció la demandada al actor mediante la Resolución GNR 93588 del 6 de abril de 2016[1], razón por la que contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado no es procedente el reajuste de la mesada pensional a $742.259,70 como ella lo ordenó, sino a $731.647,15 por ser este el resultado de la operación aritmética debidamente realizada.

En las condiciones analizadas no resta a la Sala más que modificar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, para en su lugar ordenar el reajuste en la forma antes dicha, no sin antes advertir que al revisar la liquidación que tuvo en cuenta la juez de primer grado

[1] Cfr fls 29 a 33 - $731.166,oo-

visible a folios 139 a 141 se obseva que no se tuvo en cuenta el periodo correspondiente al mes de enero de 2011.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Ante la prosperidad parcial del recurso no se impondrá condena en costasen esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de la 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: MODIFICAR** la sentencia recurrida, para en su lugar **ORDENAR** a la demandada reajustar la mesada pensional del demandante a la suma de $731.647,15. **COSTAS,** sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo de la demandada.

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° 110-01-31-05-029-2018-00598-01. Proceso Ordinario Ramsés Iván Torres Sanmiguel contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado 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 AFP Colfondos S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de septiembre 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 ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia de la falta de información por parte de la AFP Protección S.A. Pensiones y Cesantías; se condene a la AFP Colfondos S.A. al traslado de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual con solidaridad y a Colpensiones a aceptar

dichos aportes y registrarlo como afiliado sin solución de continuidad desde el 27 de mayo de 1980.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el día 27 de mayo de 1980, que aportó al sistema general de pensiones previo traslado al RAIS, un total de 199 semanas, hasta el 4 de enero del año 1995 data a partir de la cual se trasladó a la AFP Protección S.A.

Indicó que al momento en que se produjo el referido traslado de régimen el funcionario encargado de asesorarlo no le brindó la información suficiente sobre las ventajas y desventajas de su traslado de un régimen a otro, como tampoco las consecuencias del mismo, y que a partir del 19 de noviembre del 2002 el accionante realizó traslado horizontal a la AFP Colfondos S.A., contando en la actualidad con más de 1.396 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

Las entidades demandadas dieron respuesta a la acción en forma oportuna, en oposición a las pretensiones. La demandada Colpensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

La demandada Protección S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido los recursos públicos al sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir, entre otras.

Por su parte la demanda Colfondos S.A. propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante a Protección S.A. y como consecuencia de ello condenó a la demandada Colfondos a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido como consecuencia de la afiliación del demandante.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia no se acreditó que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales le era más favorable.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la AFP Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de las súplicas de la demanda, para lo cual solicita se tenga en cuenta que el accionante no es beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, que adicionalmente está cobijado por la prohibición de traslado de régimen pensional, como también que en el presente caso no se está ante un evento de ineficacia puesto que no se probó ni se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, igualmente que en virtud del debido proceso, la legalidad y la seguridad jurídica no hay lugar a la aplicación de la jurisprudencia y legislación vigente para la época de afiliación del demandante.

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 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

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

---

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.".*

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 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 AFP Protección 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 entre la nulidad y la ineficacia del traslado, 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 la AFP Protección S.A. y como consecuencia de ello a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que contrario a lo que refiere la recurrente, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la obligación que emerge de tal acto se verifica por igual de todos los afiliados y 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 denominado 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 Colfondos S.A 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 porqué 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 Colfondos S.A. referente a que se no es posible el traslado decretado por faltarle menos de 10 años al 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. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente.

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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para su tasación incluyanse como agencias en derecho de 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 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° 110-01-31-05 012 2018 00390 01. Proceso Ordinario Emma Cristina Montaño Rivera 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 el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre 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 Protección S.A. Pensiones y Cesantías y que para todos los efectos la única afiliación válida es la efectuada el 2 de septiembre de 1983; se ordene a ésta últimas a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y se ordene a la última entidad recibir dicho valor, corrija y actualice su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilio al sistema general de pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 2 de septiembre de 1983 en el acumuló un total de 591 semanas hasta el 1° de mayo de 2001 cuando se trasladó a la AFP Protección S.A.; pero que tal determinación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de ésta última entidad.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones. La demandada Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, entre otros.

Por su parte la AFP Protección propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las encartadas de todas las pretensiones reclamadas en su contra, al considerar en esencia que con ocasión a la re asesoria que la demandada Protección S.A. brindó a la accionante 19 de octubre del año 2007, se presenta una raritificación del documento inexistencia, pues en dicha oportunidad dicha sociedad brindo información clara y comprensible de las consecuencias de su permanencia en el régimen de ahorro individual, al punto que la propia demandante optó por trasladarse de régimen.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

El apoderado de la demandante solicitó se revoque la decisión de primer grado, dado que dentro del expediente no obra prueba que acredite como fue que se celebró el acto jurídico de vinculación el 1° de mayo del año 2001, y que dicho acto es diferente al ocurrido en el año 2017, y que era al momento en que se produjo el traslado de régimen y no posteriormente, que se le debió proporcionar a la demandante la información en forma clara y completa, conforme lo establece artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en consonancia con el Articulo 13 literal B y C de la Ley 100 de 1993.

Indicó que no puede considerarse que hubo una ratificación por parte de su mandante con la reasesoría que recibió en el año 2007, dado que del análisis de la misma, a su juicio se logra advertir que la simulación pensional entregada por la encartada Protección S.A., la proyección en el RPM no se le muestran las características propias de dicho régimen, y solo se habla de un posible valor o mesada pensional, sin que se dé claridad bajo qué tipo o modalidad de pensión se podía acceder a la misma, así como tampoco cuales eran las condiciones para gozar de esa prestación económica.

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 la demandada Protección 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 en ese preciso momento 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, eneste punto corresponde señalar que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción entre la nulidad y la inedficacia del traslado, y 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; no sin antes precisar, que la información que se suministre al afiliado no solo debe ser completa y veraz, como se indicó en forma precedente, sino que además debe ser oportuna, de tal manera que el momento en que debió suministrarse la información a la demandante fue cuando se efectuó su traslado del régimen de prima media al régimen ahorro individual con solidaridad, de tal manera que no resulta admisible el argumento que expuso el servidor judicial de primer grado para considerar que con un acto posterior se suplía la obligación de información antes aludida en el momento en que se produjo el traslado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a 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.

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 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, por lo que se adicionará en la presente decisión dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias a cargo de Protección, no se impone condena en costas en contra de Colpensiones en tanto no participó en el acto jurídico cuya ineficacia se declaró.

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 la demandante EMMA CRISTINA MONTAÑA RIVERA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. **SEGUNDO.- ORDENAR** a 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 del demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **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. **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 de PROTECCIÓN 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. 11-001-31-05-004-2014-00063-01. Proceso ordinario de Fredy Alexander Sánchez Naranjo contra Francy Aydee Lagos 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 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 parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor FREDY ALEXANDER SÁNCHEZ NARANJO convocó a la señora KLEN FIGUEREDO GONZÁLEZ y FRANCY AYDEE LAGOS en su calidad de socios de la empresa SEGURIDAD IFEL, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de los encartados son solidariamente responsables de los pagos adeudados por dicha empresa, al haberse beneficiado de la labor desempeñada por el actor, la indexación de los pagos adeudados al demandante y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que fue admitida demanda por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, celebrándose audiencia de conciliación el 11 de abril de 2012, en la que se llegó a un acuerdo entre la empresa Seguridad IFEL y el demandante por la suma de #13.000.000, pagaderas en cuatro cuotas, la primera por valor de $3.250.000 para el 17 de abril de 2012, $3.250.000 para el 17 de mayo de 2012, $3.250.000 para el 15 de junio de 2012 y por el monto de $3.250.000 para el 29 de junio de 2012; que la empresa de seguridad IFEL incumplió el acuerdo conciliatorio, por lo que se inició proceso ejecutivo con radicado 2012 – 00260, el que se adelantó en debida forma y se impuso condena en costas por la suma de $1.469.459; que la empresa de seguridad IFEL contrató al demandante, empresa de la que son socios los señores Klen Figueredo González y Francy Aydee Lagos, quienes se beneficiaron del trabajo del actor; que la prestación del servicio se dio por el período comprendido entre el 17 de junio de 2009 y el 26 de diciembre de 2010.

La aquo, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de los demandados, teniendo en cuenta que si bien se reclama la solidaridad de las obligaciones surgidas en la relación laboral, lo primero que se debía determinar era la existencia del vínculo que existió entre las partes, el que no fue demostrado por el actor, situación por la cual no era posible imponer condena alguna en contra de los encartados.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora 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 en primer lugar, no se tuvo en cuenta el literal D de la demanda, en el que se solicitó tener en cuenta la prueba trasladada del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, tanto en el proceso ordinario, como ejecutivo y del que se puede extraer certificaciones y la prestación personal del servicio, medios

probatorios que no fueron valorados por la falladora de primer grado. En segundo lugar, por cuanto al momento en el que la señora Francy Aydee Lagos suscribió el acta de conciliación en el Juzgado 16 Laboral se interrumpió la prescripción laboral, por lo que no habría dicho fenómeno prescriptivo, advirtiéndose con ello, la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 36 del C.S.T., ya que los encartados son socios, tal como se desprende del certificado de existencia y representación legal, situación por la que se deben conceder las pretensiones del libelo genitor.

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

CONSIDERACIONES

El análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar si los demandados son solidariamente responsables de los pagos adeudados por la empresa al demandante, surgidos con ocasión del acuerdo conciliatorio adelantado ante el Juzgado 16 laboral del Circuito de Bogotá, así como, si se debe acreditar la existencia del vínculo laboral y de encontrarse probados los anteriores supuestos, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

Para desarrollar lo anterior, se debe partir que la solidaridad que se depreca respecto de los señores Klen Figueredo González y Francy Aydee Lagos, es la contenida en el artículo 36 del C.S.T., el que dispone:

> *"**ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.** Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.".*

En ese orden de ideas, de la norma en mención se establece, que para que proceda el responsabilidad solidaria en las sociedades de personas, es necesario establecer que las obligaciones reclamadas derivan de la existencia del contrato de trabajo.

Al respecto, debe indicarse que el demandante peticiona se declare la solidaridad del acuerdo conciliatorio adelantado ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, que se efectuó entre el hoy demandante y la sociedad SEGURIDAD IFEL LTDA, el 11 de abril de 2012, por lo que se debe advertir, que si bien es procedente dicha solidaridad en tratándose de los derechos laborales que ostente el demandante, también lo es, que se debe acreditar la existencia del vínculo o relación laboral que unió a las partes.

En ese entendido, la parte actora aportó como medios probatorios la audiencia de conciliación a la que se hizo referencia visible a folios 6 y 7 del plenario, auto de fecha 20 de febrero de 2013 mediante el cual se aprobó la liquidación del crédito, así como providencias mediante las cuales se liquidaron las agencias en derecho y se aprobó la liquidación de costas, tal como se advierte a folios 12 y 13 del expediente.

De los medios de prueba a los que se ha hecho referencia, no existe certeza acerca de que en efecto los derechos que fueron conciliados ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá deriven de la existencia de un contrato o relación laboral, no obstante, afirma el extremo activo que para ello solicitó como medio de prueba el traslado, la prueba trasladada de los procesos con radicado 16 – 2011 – 00861 y 16 – 2012 – 00260, la que fue decretada por el fallador de primer grado y que no fue debidamente valorada.

Al respecto, debe indicarse que en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S., de fecha 12 de febrero de 2018, se dispuso por el aquo:

*"3 – **PRUEBA TRASLADADA:** los procesos 2011 – 0861 y 2012 – 0260, dentro del término de un (1) mes la parte demandante y teniendo en cuenta que indica ser la misma parte demandante, deberá allegar por conducto de su apoderado o apoderada las copias auténticas y los discos compactos si los hubiese en aquellos procesos que se surten en el Juzgado 16 laboral del Circuito de Bogotá, de todos los expedientes o de los antes mencionados".*

En ese orden de ideas, se advierte que el Juzgado de primer grado accedió a la solicitud de prueba por la parte actora, pero en el sentido, de que fuera dicho extremo procesal, quien allegara las copias auténticas de los procesos adelantados por las partes ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito, para lo cual concedió el término de un mes para tal fin, sin embargo, y ante la falta de cumplimiento a lo ordenado en dicha audiencia pública, se profirió el auto de fecha 12 de abril de 2018, en el que el juzgado requirió a la parte demandante en el sentido *"para que por intermedio de su apoderada, allegue las documentales decretadas en audiencia de fecha 12 de febrero de 2018 como prueba trasladada. Lo anterior en el término máximo de un (1) mes, so pena de tener por precluida esta prueba"*, situación a la que se le dio cumplimiento parcial mediante escrito del 24 de abril de 2018 y que se encuentran a folios 100 a 110 del plenario.

Al respecto, la parte actora aportó copias auténticas del medio magnético de la audiencia de conciliación llevada a cabo en el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, junto el acta respectiva, el auto que libró mandamiento de pago en contra de la sociedad SEGURIDAD IFEL LTDA, la providencia mediante la cual se liquidó y aprobó la liquidación del crédito, así como, los autos de liquidación y aprobación de las costas dentro del proceso ejecutivo.

En ese orden de ideas, tal como lo indicó la falladora de primer grado, de los medios de prueba allegados al plenario no se logra extraer que la conciliación adelantada ante el Juzgado ya mencionado derivara de la existencia de un

contrato de trabajo, por cuanto una vez escuchada la audiencia de conciliación en ella no se menciona tal situación y por el contrario, la apoderada del extremo activo en el mismo, menciona que lo conciliado no recae sobre derechos ciertos e indiscutibles, ni respecto de prestaciones sociales, por lo que no se puede derivar la responsabilidad solidaria deprecada, al no tener certeza de que las obligaciones conciliadas tuvieran como factor de origen un contrato de trabajo o una relación laboral.

Así mismo, debe indicarse que si bien la apoderada de la parte actora peticiona la debida valoración de la prueba trasladada, también lo es, que el aquo dejó en cabeza de dicho extremo procesal, la obligación de aportar las copias auténticas de los procesos con radicado No. 2011 – 00861 y 2012 – 00260, sin embargo, el demandante por intermedio de su apoderada, tan sólo aportó casi los mismos medios de prueba allegados con la demanda, anexando tan sólo los concernientes con el auto que libró el mandamiento de pago y el cálculo para obtener la liquidación del crédito, documentos que no son suficientes para demostrar el contrato de trabajo, enfatizando, que si bien la parte actora echa de menos certificaciones y demás pruebas aportadas ante el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, también lo es, que las mismas no fueron aportadas por el extremo interesado, ni siquiera con el requerimiento efectuado por el fallador de primer grado.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que dentro de las presentes diligencias tampoco se demostró el contrato de trabajo, por cuanto como ya se hizo mención, tan solo se aportó copia de algunas piezas procesales del Juzgado 16 Laboral del Circuito.

Teniendo en cuenta lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado, sin que se haga necesario el estudio del medio exceptivo de la

prescripción, como quiera que no se acreditó el vínculo laboral para proceder con la condena de la responsabilidad solidaria.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las COSTAS de primera instancia quedarán a cargo del demandante 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 esta sentencia. **COSTAS.** Se confirman las de primera instancia y sin ellas en la 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° 110-001-31-05-035-2017-00081-01. Proceso Ordinario de Luis Alfonso Ibargüen Ramírez contra Organización SUMA S.A.S. (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 parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de enero de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el despido del que fue objeto es ilegal, con ocasión de la Negociación Colectiva de Trabajo y que como consecuencia de lo anterior, se condene al reintegro del trabajador al mismo cargo o a uno de mejores condiciones, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales,

aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales, y las costas y agencias en derecho.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, ingresó a laborar a órdenes de la demandada mediante contrato a término indefinido, por el período comprendido entre el 10 de octubre de 2012 y el 25 de mayo de 2015, ejerciendo el cargo de operador padrón y devengando un salario mensual por la suma de $913.440; que se presentó pliego de peticiones por parte de la Unión General de Trabajadores del Transporte de Colombia el 9 de septiembre de 2013, ordenándose mediante resolución No. 05060 de 2014 la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, el que fue instalado formalmente el 29 de agosto de 2016, emitiéndose la decisión correspondiente en el mes de noviembre de la misma anualidad; que se la terminación del vínculo laboral se generó en vigencia del amparo del fuero circunstancial, por cuanto se entregó carta de terminación sin justa causa el 25 de mayo de 2015 y realizándose un pago producto de la liquidación final por la suma de $2.944.249.

El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, por cuanto si bien no hubo discusión en lo concerniente con la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, así como la existencia de la Negociación Colectiva que surgió entre la hoy demandada y la Organización Sindical Ugetrans Colombia, también lo es, que el actor no es beneficiario del fuero circunstancial que se reclama, como quiera que el demandante no se encontraba afiliado a dicho sindicato, así como tampoco, presentó pliego de peticiones al empleador para lograr un Pacto Colectivo, por lo que la garantía foral no se aplica en su favor.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la pare actora presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar, se accedan a la súplicas de la demanda, lo anterior, por cuanto el amparo que otorga el artículo 25 del Decreto 2531 de 1965 no efectúe una exclusión de trabajadores a los que se aplica la norma, sino simplemente consagra la misma, para los trabajadores que sean despedidos sin justa causa durante el término de vigencia de una negociación colectiva, advirtiendo, que si el despido hubiese sido con ocasión de una justa causa, no se estaría en el presente litigio y por ello, se debe aplicar el principio de favorabilidad, que implica la aplicación de la norma más favorable al trabajador, que en este caso sería el amparo del fuero circunstancial. Así mismo, indica que si bien las sentencias de la Corte Suprema de Justicia establecen exclusiones a los trabajadores, estas derivan a los trabajadores de dirección, confianza y manejo de la empresa, cargo que no fue ocupado por el actor.

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

CONSIDERACIONES:

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia entre las partes lo concerniente a la existencia del contrato de trabajo que surgió entre las partes, así como los extremos temporales en que estuvo vigente la misma, al igual que UGETRANS COLOMBIA presentó pliego de peticiones a la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S. el 3 de septiembre de 2013; el problema jurídico a resolver en esta instancia, se circunscribe en determinar si al actor le es aplicable el Fuero Circunstancial con ocasión de la negociación colectiva que se adelantó entre la hoy demandada y el sindicato UGETRANS COLOMBIA.

De acuerdo con lo anterior, se debe traer a estudio lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que establece al respecto:

> *"**ARTÍCULO 25.** Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.".*

En ese orden de ideas, de la norma en mención se puede extraer que los trabajadores que presenten pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa, desde la fecha de presentación del mismo y durante cada una de las etapas del arreglo directo, por lo que en principio, se podría indicar que en efecto el amparo deprecado le es aplicable al demandante, sin embargo, la norma anterior no se puede estudiar de forma aislada, sino que por el contrario, se debe hacer reseña de lo dispuesto en el artículo 10 del decreto 1373 de 1966, que dispone:

> *"**Artículo 10.** La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.".*

De acuerdo con lo anterior, el artículo en mención establece con exactitud las personas respecto de las que recae la protección del fuero sindical, siendo ellas, los trabajadores afiliados al Sindicato o los trabajadores no sindicalizados que presenten pliego de peticiones al empleador, cobertura que se mantiene desde el momento en que se presenten al empleador y hasta el momento en que se solucione el

conflicto colectivo, ya sea mediante la Convención, el Pacto o quede ejecutoriado el Laudo Arbitral.

Así las cosas, de los medios probatorios allegados al plenario, no se logra advertir que en efecto el señor Ibargüen Ramírez hubiere pertenecido a la asociación sindical UGETRANS COLOMBIA o hubiere presentado pliego de peticiones al empleador en calidad de trabajador no sindicalizado para que se extendiera el fuero circunstancial, idéntica conclusión a la que arribó el fallador de primer grado.

Aunado a lo anterior, a folio 123 del plenario se encuentra certificación emitida por la demandada, en la que indicó que no se allegó solicitud alguna efectuada por el demandante, ni por la Organización Sindical en la que se hubiere comunicado la afiliación del señor Ibargüen Ramírez a la misma, la autorización de descuento por nómina a favor de la organización sindical, ni descuento material alguno en la nómina del ex trabajador, fundamentos de los que se advierte, que en efecto el actor no se encontraba afiliado a organización sindical alguna, por lo que no es viable la aplicación del fuero circunstancial en favor del demandante.

En dicho sentido, ha tenido oportunidad de pronunciarse la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reiterada jurisprudencia, como en la sentencia con radicado No. 78971 del 25 de septiembre de 2019, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se adoctrinó:

> *"... Pues bien, conviene recordar que el diferendo colectivo nace con la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados (...).*

...

Ahora, en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se establece una garantía para el grupo de trabajadores o la organización sindical que participan en la petición colectiva, denominada fuero circunstancial, que asegura su estabilidad laboral mediante la prohibición de despido sin justa causa comprobada; ello con la finalidad de evitar represalias contra aquellos y disuadir al empresario de adoptar medidas orientadas a debilitar al movimiento sindical o entorpecer la negociación; tal derecho subsiste hasta que el diferendo sea solucionado, mediante la firma de convención o pacto, o la ejecutoria de laudo arbitral, conforme al artículo 36 del Decreto 1469 de 1978.".

De acuerdo con lo anterior, la alta Corporación del Trabajo estableció que la garantía del fuero circunstancial se origina al grupo de trabajadores o a la organización sindical que participe en la petición o negociación colectiva, situación que tampoco fue acreditada por el actor, fundamentos por los cuales se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedarán a cargo del demandante y sin costas en la segunda instancia.

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 primera instancia estarán a cargo del actor y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvo voto

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° 110-01-31-05-024-2017-00324-01. Proceso Ordinario Mireya Del Rosario Cisneros Estupiñán 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 el apoderado de la encartada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 24 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 la nulidad o ineficacia 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 y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 12 de septiembre de 1961, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 55 años de edad; que su afiliación al sistema general de seguridad social fue en junio de 1985; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. en el 21 de agosto de 1998, motivando su decisión, en que se le otorgaría una mesada pensional superior y que esto sería a una edad más temprana que la contemplada en el ISS, no obstante, no se le brindó ninguna asesoría referente a los beneficios o perjuicios de su traslado, así como tampoco, respecto a la posibilidad de retornar al RPM; que al momento de cumplir los 47 años de edad, antes de perder el beneficio para el traslado de un régimen a otro, no recibió por parte de la AFP Porvenir S.A. asesoría al respecto; que de forma posterior elevó solicitudes tanto a Colpensiones como a Porvenir S.A. para que se declarara la ineficacia del traslado radicados los días13 y 18 de julio de 2016, obteniendo respuesta negativa a sus intereses.

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, 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.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Porvenir. interpuso recurso de apelación, a fin de que se revoque la decisión adoptada y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, dado a que en el momento en que se realizó la afiliación, su

representada cumplió con todos los estamentos normativos que para la época correspondían; es decir, no estaban obligados a entregar ningún tipo de información soportada en documentos, aclarando que la información dada a la accionante fue clara, comprensible, veraz y oportuna; ya que firmó el formulario y al caso que respecta al momento del traslado, no era beneficiaria del régimen de transición ya que no tenía ni las semanas ni la edad, lo que indica que en ese momento no se lograba identificar ningún riesgo o una desventaja, pues no estaba inmersa en el régimen de transición; situación sobre la cual orbita la información que se le da a la accionante; adicional a lo anterior y respecto a la condena relacionada con que no se hagan descuentos de ningún tipo de valores por concepto de cuotas de administración, solicitó que el Superior se pronuncie específicamente respecto de ellos ya que las cuotas de administración, son un valor que está plenamente establecido en la ley 100 para las administradoras de fondos de pensiones y es el valor que se descuenta por la gestión realizada con ocasión del incremento de ahorros y rendimientos que pueda tener la cuenta de ahorro individual de la persona; al permitir que se entreguen los valores en cuotas de administración, generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante.

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

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 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

---

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.".*

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 confirmar 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 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.

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 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 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.

Ahora bien, se reitera, que si bien el apoderado de la encartada afirmó que el deber de información se brindó al momento de efectuarse la afiliación de la demandante, también lo es, que dicho afirmación se queda sin sustento probatorio alguno, ello con ocasión de la inversión de la carga de la prueba y con la falta de su deber legal consagrada en el artículo 167 del C.G.P., por lo que debió acreditar su dicho, situación que ocurre en la misma forma, respecto al buen consejo como así lo determina la pasiva, ya que tampoco se acreditó situación alguna al respecto.

Finalmente, debe indicarse que si bien los gastos de administración se encuentran estatuidos en la Ley 100 de 1993, como una forma de retribución a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que en el presente caso, quien dio origen a la ineficacia del traslado fue Porvenir y por ello, es quien debe asumir los deterioros originados con la afiliación de la hoy demandante.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin condena en costas en primer instancia y las de esta instancia estarán a cargo únicamente 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. 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 segunda instancia a cargo de 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. **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° 110-01-31-05-020-2018-00378-01. Proceso Ordinario Esperanza Mora Bautista 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 los apoderados de las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de julio de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

Previo a resolver lo pertinente, se advierte que se allegó memorial visible a folio 188 a 192 del plenario, por lo que se reconoce personería para actuar a la Doctora Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y T.P. No. 123148 del C.S.J. como apoderada principal de la demandada Colpensiones, de conformidad con la escritura pública a ella conferida; así mismo, se reconoce personería a la Doctora Mónica Esperanza Tasco Muñoz identificada con C.C. No. 1.018.451.024 y T.P. No. 302509 del

C.S.J., para actuar como apoderada sustitutita de la demandada Colpensiones, conforme con el poder a ella conferido.

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, así como, con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 3 de octubre de 1958, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, el 1 de marzo de 1977; que posteriormente, para el 15 de mayo de 1995 se encontraba trabajando para la Rama Judicial ostentando la condición de servidora pública, fecha en la cual firmó formulario de solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías – hoy Porvenir S.A., sin que recibiera información técnica y adecuada. También afirma la actora que para dicha fecha, tenía cumplidos más de 35 años y por ello, se encontraba cobijada por el régimen de transición; que nunca se le brindó una asesoría adecuada en la cual se le explicaran las ventajas y desventajas entre un régimen y otro. A la fecha, la actora afirma que reúne los requisitos de pensión en el RPM administrado por Colpensiones, y que el 21 de marzo de 2018 agotó la reclamación administrativa ante las encartadas Colpensiones y Porvenir S.A.; peticiones en las que solicitaba la nulidad de traslado de régimen, y las cuales le fueron resueltas de forma desfavorable.

Frente a dichas súplicas, el *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, 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 las demandadas.

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.

El apoderado de la demandada Porvenir solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien la jurisprudencia cumple un criterio auxiliar, por encima de ella está la ley; y frente a la ley se encuentra la prohibición legal en la que se encuentra incursa la demandante, y esta prohibición legal del Articulo 2 de la ley 797 del 2002 la avaló el legislador en las sentencias C - 1024 del 2004, con la intención de no descapitalizar al régimen pensional y pensando y avizorando el interés general frente a los regímenes pensionales; en este sentido se está desconociendo dicho criterio legal, jurisprudencial y constitucional que evidentemente va por encima de lo establecido por la Honorable Corte, poniendo de presente sentencias como la 31989 de 2008 de la CSJ Sala Laboral, en la que el demandante ya contaba con un derecho adquirido frente a su situación pensional; y en el caso de la actora, no nos encontramos frente a esa situación pese a que en el momento del traslado, contaba con 36 años de edad y 515 semanas cotizadas, ya que bajo esos términos si bien las administradoras de pensiones tienen un deber de información, no puede aplicárseles una carga automática de la prueba en el

sentido que al ser evolutivo ese deber de información a las administradoras de pensiones, debe aplicarse al contexto en que se efectuó el acto jurídico como tal, ya que en la época de los hechos no se obligaba documentar la asesoría brindada a la demandante.

Por su parte Colpensiones, manifiesta que el fallo de primera instancia vulnera un principio de carácter constitucional que se estableció con la entrada en vigencia del acto Legislativo 01 de 2005, siendo el principio de la sostenibilidad financiera del sistema del cual se infiere la necesidad de tomar medidas de protección con miras a garantizar el derecho pensional de quienes se encuentran afiliados al sistema general de pensiones, toda vez que se cuenta con recursos limitados para efectuar reconocimientos de carácter pensional, ya que la demandante se encuentra inmersa en la misma, dado que actualmente cuenta con la edad necesaria para adquirir una pensión y por lo tanto no debería ser permitido su retorno al RPM, para así buscar proteger el principio constitucional de la Sostenibilidad Financiera. Debiendo también impedir su retorno al RPM, por contar con la edad necesaria para acceder a una pensión de vejez y dado que tampoco cotizó los 15 años de servicios necesarios para eximirse de tal prohibición; evitando así, la descapitalización del fondo común, y que también se debe tener en cuenta que en el interrogatorio de parte la demandante manifestó que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; evento que debe ser tenido en cuenta ya que su representada en ningún momento tuvo injerencia en la celebración de dicho traslado y que ese tipo de contrato únicamente obliga a quienes lo suscribieron.

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,

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

---

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 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 Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy 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.

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 Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy 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 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.

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 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 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.

De igual forma, tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones referente a que 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.

Finalmente, se reitera, que si bien el apoderado de la encartada afirmó que el deber de información se brindó al momento de efectuarse la afiliación de la demandante, también lo es, que dicho afirmación se queda sin sustento probatorio alguno, ello con ocasión de la inversión de la carga de la prueba y con la falta de su deber legal consagrada en el artículo 167 del C.G.P., por lo que debió acreditar su dicho, situación que ocurre en la misma forma, respecto al buen consejo como así lo determina la pasiva, ya que tampoco se acreditó situación alguna al respecto.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias 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 ambas instancias a cargo de las encartadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y

COLPENSIONES; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo para cada una de ellas, 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 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. 11-001-31-05-010-2017-00079-01. Proceso ordinario de John Carlos Gualteros Guzmán contra Malco Arquitectura y Construcciones SAS (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 demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de febrero de 2018.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo desde el 7 de julio de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015 con la demandada, y que adicional a su horario habitual laboró un total de 1785 horas que no fueron canceladas a la finalización del vínculo laboral; se

condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido, así como el tiempo extra laborado.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que ingresó mediante contrato verbal de trabajo el 7 de julio de 2014 para desempeñar el cargo de Auxiliar General de Obra y Vigilante en un horario de domingo a las 6:00 pm hasta el sábado a las 12 del medio día.

Agregó que prestó servicios en forma personal y bajo subordinación hasta el 31 de marzo de 2015, data en la cual fue despedido sin que se alegara justa causa.

Una vez notificada, la sociedad demandada dio respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en su defensa que si bien celebró contrato de trabajo con el demandante el mismo lo fue a término inferior a un año, el cual finalizó por la expiración del plazo fijo pactado y que al momento de la expiración del mismo canceló todas las obligaciones a su cargo. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de causa indemnizatoria del artículo 64 del C.S.T., prescripción, entre otras.

La *aquo* absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones de condena impetradas en su contra, al considerar en esencia que el contrato que existió entre las puertas lo fue a término fijo, que el mismo finalizó por el vencimiento del término pactado y que no se acreditó el tiempo extra laborado.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en ele efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que su mandante vivía en el mismo sitió en donde prestaba servicios y que en ese sentido es muy difícil la demostración del tiempo suplementario, pero que en todo caso el demandado se obligó a reconocerlo.

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

CONSIDERACIONES

En los términos de la impugnación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se circunscribirá a determinar el trabajo extra por parte del demandante a favor de la demandada.

Con tal propósito interesa tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes la existencia del vínculo laboral que lo unió entre el 7 de julio de 2014 y el 31 de marzo de 2015, ni que el mismo finalizó ante la expiración del plazo fijo pactado, aspectos que no fueron cuestionados por el recurrente y que se corroboran con la documental visible a folios 58 a 61.

Conforme con los anteriores supuestos en tanto se discute la existencia de un mayor valor salario como consecuencia de trabajo extra y suplementario por parte del demandante, corresponde a la Sala advertir,

que tal como lo indicó la *aquo,* cuando se reclama el pago del trabajo en tiempo suplementario, la jurisprudencia ha sido clara al determinar que la prueba para demostrarlo debe ser de una definitiva claridad y precisión, y por esa misma razón, el juzgador no puede hacer cálculos ni suposiciones para deducir el tiempo extra trabajado; carga probatoria que al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP. <<aplicable al procedimiento laboral en cumplimiento al principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo>> se encuentra a cargo del accionante, pues es a él en su condición de trabajador a quien corresponde acreditar la prestación del servicio durante un lapso superior a la jornada legal ordinaria de trabajo.

De esta forma lo señaló en sentencia del 22 de junio de 2016 la Honorable Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 45.931, con ponencia del Honorable Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, en donde sobre el particular indicó:

> *"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. ..."*

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio advierte la Sala que no existe medio de convicción que permita establecer con la referida precisión y claridad el trabajo suplementario realizado por

el demandante; aspecto que resulta fundamental para acceder al pago de las diferencias en las acreencias laborales deprecadas.

En efecto, aun cuando insiste la parte actora en la alzada que el demandante vivía en el sitió de trabajo, en tanto también prestaba servicios de vigilancia, lo cierto es, que no existe dentro del proceso medio de convicción que permita establecer con certeza dicha situación, pues si bien obra dentro del plenario declaración extrajuicio rendida por el señor Néstor Afranio Porras Guzmán[1], tal declaración no ofrece el grado de convicción necesario para poder determinar tal circunstancia, en tanto se desconoce la razón de su dicho.

En todo caso, aun en gracia de discusión, tal como lo resalto la servidora judicial de primer grado de aceptarse tal medio de convicción lo cierto que del mismo tampoco se podría establecer con claridad el numero de horas extras laboradas, en tanto, en la referida declaración señala el señor Porras Guzmán que él en algunas oportunidades lo remplazó, de modo que a un en gracia de discusión, de acuerdo con tal circunstancia es imposible establecer siquiera en forma aproximada el número de horas extras laboradas.

En ese orden de ideas, como quiera que no es posible establecer el número de horas adicionales a la jornada ordinaria laboradas por el demandante, no resta más que confirmar la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado. No hay lugar a la imposición de condena en costas en tanto mediante providencia del 31 de marzo de 2017 se concedió a favor del demandante amparo de pobreza.

---

[1] Cfr fl 13

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 10 Laboral del Circuito de esta ciudad el 21 de febrero de 2018. 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 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. 11-001-31-05-031-2017-00166-01. Proceso ordinario de Luz Miriam Castañeda Zambrano contra Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial (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 apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 5 de diciembre de 2017.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 20 de noviembre de 2010 y que a la fecha de

presentación de la demanda continuaba vigente, se ordene su reintegro a un cargo acorde con su diagnóstico médico así como el pago de los salarios adeudados desde el mes de marzo de 2014 hasta el día del reintegro, el pago de prestaciones sociales desde el momento de su vinculación, la indemnización por le no pago de intereses a las cesantías, el pago de incapacidades médicas, la sanción por no consignación de cesantías y el pago de aportes al sistema de seguridad social.

En subsidio de la pretensión relativa al reintegro solicitó el pago de los salarios desde el mes de marzo de 2014 hasta la fecha en que de la declaratoria de la liquidación judicial, el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones desde el año 2010 hasta la fecha de la declaratoria de la liquidación judicial de la sociedad, la sanción por no el pago de intereses a las cesantías, la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización moratoria, el pago de la indemnización por despido que establece el artículo 64 del C.S.T., la indemnización que establece el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, el pago de incapacidades médicas por el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 19 de agosto de 2013, pagos de aportes al sistema de seguridad social desde julio de 2016 y hasta la finalización de amparo por debilidad manifiesta y la indexación de las sumas adeudadas.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó con la demandada el 20 de noviembre de 2010 para prestar servicios temporales como trabajadora en misión de la sociedad Reforestación y Parques S.A.

Señaló que el 4 de mayo de 2013 se le practicó cirugía al serle diagnosticado cáncer de seno, y que con ocasión a la misma se le expidió incapacidad de 3 meses por su EPS.

Que a la finalización de la incapacidad se reintegró a trabajar en la empresa usuaria la que la envió a renunciar a Optimizar Servicios Temporales la que inicialmente la envió a la casa a que esperara una decisión y el 5 de febrero de 2014 le solicitó se presentara a las oficinas.

Indicó que se le asignó realizar labores de aseo de todas las oficinas lo que le causó problemas de salud, ante lo cual se le dio la orden de retornar a su casa con remuneración salarial.

Afirmó que su empleadora realizó aportes en pensiones hasta el mes de mayo de 2016 y en salud hasta el mes de junio de la misma anualidad, motivo por el que no pudo continuar con su tratamiento médico.

Agregó que de las incapacidades expedidas por su EPS aún está pendiente de pago dos periodos, correspondientes a un total de 38 días y que además le adeuda salarios desde el mes de marzo de 2014, así como las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones desde el 20 de noviembre de 2010.

Una vez notificada, la sociedad demandada dio respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en su defensa que sostuvo con la demandante 3 vínculos de carácter laboral el último de los cuales finalizó el 16 de noviembre de 2016 ante la apertura del proceso de liquidación judicial y que las obligaciones derivadas de la relación laboral quedan sujetas a las reglas del concurso. Propuso las excepciones de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales y existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de demanda.

Mediante providencia del 30 de junio de 2017, se dispuso por parte de la juez de conocimiento la vinculación al proceso de la sociedad Reforestación y Parques S.A., la que una vez se notificó dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que cumplió con las obligaciones legales y contractuales frente a la demandante quien era una trabajadora en misión. Propuso las excepciones de cumplimiento de las obligaciones por parte de Reforestación y Parques S.A., no es Reforestación y Parques S.A. la llamada a responder por presuntos incumplimientos de optimizar, inexistencia de solidaridad y prescripción.

La *aquo* reconoció la existencia de tres vínculos laborales entre la demandante y la sociedad demandada, condenándola al pago de cesantías, intereses a las cesantías incapacidades de algunos periodos respecto del tercer vínculo y la indemnización por despido respecto del mismo.

Inconforme parcialmente con la anterior determinación la apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se acceda al pago de los salarios dejados de cancelar entre el mes de marzo de 2014 hasta la fecha de finalización del vínculo, pues a pesar de que no hubo prestación del servicio ello obedeció a una orden impartida por la propia empleadora.

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

CONSIDERACIONES

En los términos de la impugnación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se circunscribirá a determinar si resulta procedente condenar a la sociedad demandada al reconocimiento y pago de los salarios causados entre el mes de marzo de 2014 y la fecha de finalización del contrato de trabajo.

Con tal propósito interesa tener en cuenta que no es objeto de discusión en la alzada, que la demandante estuvo vinculada laboralmente con la sociedad Optimizar Servicios Temporales, mediante tres contratos de trabajo y que el último de los estos estuvo vigente entre el 7 de noviembre de 2012 y el 16 de noviembre de 2016, momento en que finalizó con ocasión al inicio del proceso de liquidación de la demandada.

Conforme con los anteriores supuestos en tanto se discute en la alzada el pago de salarios causados entre el mes de marzo de 2014 y el 16 de noviembre de 2016, al respecto corresponde señalar que siendo lo normal que el salario se pague cuando existe la prestación personal del servicio por parte del trabajador, el artículo 140 del C.S.T. que el trabajador tiene derecho a percibir su salario a pesar de que no hay de su parte prestación del servicio, siempre que esta circunstancia se dé por culpa o disposición del empleador.

Ahora bien, en el asunto, se advierte de acuerdo con la documental visible a folios 509, 510 y 515, que la sociedad demandada efectuó el

pago de salarios hasta la primera quincena del mes de abril de 2014, y aun cuando la demandante refiere que no prestó servicios personales a favor de la demandada desde el mes de febrero de 2014, en tanto se le indicó que permaneciera en su casa, lo cierto es que no existe medio de convicción dentro de plenario que respalde tal afirmación, lo que de contera impide el reconocimiento de los salarios deprecados, máxime cuando se advierte que en los comprobantes de pago de folios 565 a 568 la accionada consignó como deducción la ausencia injustificada de la demandante.

En tal sentido, como al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del C.S.T., es procedente el pago de salario sin prestación del servicio, siempre que ésta última circunstancia se haya presentado por culpa o determinación del empleador, y dentro del plenario no existe medio de convicción que permita establecer que efectivamente la falta de prestación del servicio por parte de la accionante obedeciera a la determinación o culpa de su empleadora, no resta a la Sala más que absolver a la demandada de su reconocimiento y en consecuencia confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas 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 31 Laboral del Circuito de esta

ciudad el de febrero de 2018 de acuerdo con las razones expuesta en la parte de motiva de esta decisión. 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° 110-01-31-05-010-2016-00695-01. Proceso Ordinario Hugo Armando Ospino Torres contra AFP Protección 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 del demandante frente a la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, solicitó el demandante se ordene a la sociedad demandada restablecer la pensión de invalidez que inicialmente le fue reconocida, a partir del momento en que le fue suspendida, así como al reconocimiento de intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como soporte de sus pretensiones, el accionante adujo que el 23 de febrero de 2007, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, le calificó una pérdida de capacidad laboral del 51,42% y como fecha de estructuración el 10 de octubre de 2006; razón la que la entidad accionada reconoció en su favor pensión de invalidez.

Afirmó que el 14 de enero de 2014 la aseguradora que expidió la póliza de renta vitalicia, profirió un nuevo dictamen en el que determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 13,95%; determinación que controvirtió ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la que determinó que la perdida de capacidad laboral que presentaba era del 39,93%, decisión que confirmó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Que en razón a lo anterior la referida aseguradora mediante comunicación del 21 de octubre de 2014, le informó que suspendía el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 1° de noviembre de esa misma anualidad.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que para el momento en que se suspendió el reconocimiento del derecho pensional no era la entidad pagadora, pero que en todo caso, de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el accionante no ostentaba la condición de inválido. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, cobro de lo no debido y prescripción.

Mediante providencia del 4 de diciembre de 2017 el servidor judicial de primer grado ordenó la vinculación al proceso de Seguros Alfa S.A. como litisconsorte necesaria; la que una vez se notificó dio respuesta a la acción en

oposición a las pretensiones de la demanda, para lo adujo que el derecho pensional del actor se suspendió conforme con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, cobro de lo no debido y prescripción.

El *aquo* absolvió a la demandadas de todas las pretensiones al considerar en esencia que el demandante no acreditó la condición de inválido parta acceder al restablecimiento de la pensión de invalidez que le había sido suspendida, pues el dictamen pericial que incorporó no cumple con los requisitos que al efecto establece el Código General del Proceso y que el dictamen que se practicó al interior del proceso por una Junta de Calificación de Invalidez da cuenta de una perdida de capacidad laboral tan solo del 43,24%.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente, luego de aclarar que razones de carácter económico no fue posible cumplir los requisitos establecidos en el Código General del Proceso establece en relación con los dictámenes periciales frente al concepto que acompañó con la demanda; indicó que en el presente asunto lo que se trata de establecer es si la entidad, Seguros Alfa y las Juntas de Calificación de Invalidez, pudieron demostrar el cambio del estado de invalidez en el año 2014.

Indicó que aun cuando con el interrogatorio que se efectuó al perito, le mereció toda la credibilidad al Juez de primera instancia; sin embargo cuando el propio despacho interrogó al perito acerca de la razón de invalidez para el año 2007 y no para el 2014, éste indicó que el estado de invalidez del demandante mejoró una cirugía a corazón abierto en el que se le implantó un marcapasos, sin embargo conforme a la historia clínica dicha cirugía se realizó en el año 2000, lo que afirma es una contradicción muy gráfica acerca de que el perito o no estaba informado o no conocía el caso real del paciente; y que en razón a ello dicho dictamen no le merece credibilidad.

Agregó que además cuando se le solicitó que explicara en que consistió la mejoría del demandante en su estado de invalidez , sin embargo no dio una respuesta satisfactoria a tal interrogante; y que en ese mismo sentido cuando le preguntó acerca de la razón por la que el calificador del año 2007, aplicando la tabla dio un valor a los cuadros dolorosos de lo trastornos neurológicos y otra a los arcos de movimiento de columna, porque se dejó ese último ítem en el dictamen rendido, este se limitó a indicar si los calificó cuando se encuentra demostrado lo contrario.

Agregó que tampoco se tuvo en cuenta en el tema de la minusvalía que el demandante estuvo 8 años pensionado y que eso causa una minusvalía muy superior al 11%, pues de acuerdo con el manual puede llegar a un 18% o un 20%.

Aduce en el mismo sentido, que es muy significativo frente a la credibilidad del dictamen practicado en el proceso, que no se le dio valor a la enfermedad degenerativa y progresiva, pero cuando se le preguntó acerca de ello dijo que sí se le había dado un valor.

Motivo por el que a su juicio dicho dictamen pericial no puede ser el fundamento de un fallo para declarar como no inválido a una persona cuyas patologías las tiene desde el mismo día que lo calificaron inválido y más cuando son degenerativas y progresivas, y solicita se tenga en cuenta el dictamen practicado en el año 2007 en el que se estableció la condición de inválido del causante.

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

CONSIDERACIONES

En virtud de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. corresponde a la Sala determinar si resulta procedente ordenar el restablecimiento de la pensión de invalidez que se reconoció a favor del demandante en el año 2007.

Con tal propósito corresponde a la Sala tener en cuenta que no es ojeto de discusión entre las partes que se reconoció a favor del demandante pensión de invalidez a partir del 1° de septiembre de 2007, para lo cual se suscribió Póliza de Renta Vitalicia con la vinculada en condición de litis consorte necesaria, Seguros Alfa S.A.; derecho que le fue suspedido por ésta última a partir del 1° de noviembre de 2014 con ocasión al proceso de revisión del estado de invalidez en el que la Junta Nacional de Invalidez concluyó que el demandante prestaba una pérdida de capacidad laboral del 39,93%.

De acuerdo con los intereses supestos y enlo que interesa al asunto considera la Sala oportuno señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez puede revisarse a

solicitud de entidades del sistema de seguridad social cada 3 años con el fin de "*...con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiera lugar.*" Y para ello el mismo precepto estableció que el nuevo dictamen debía sujetarse a las reglas establecidas para la determinación del estado de invalidez previstas en los artículos anteriores.

De acuerdo con el trámite en mención, en el asunto la aseguradora que que expidió la póliza de renta vitalicia, efectuó el trámite de la revisión del estado de invalidez del demandante, y con ocasión al mismo remitió la solicitud a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, entidad que mediante dictamen de fecha 10 de abril de 2014 determinó que el aca demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral del 39,93%, de acuerdo con las patologías "*ANOMALÍA DE EBSTEIN, ARRITMIA CARDIACA NO ESPECIFICADA Y OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO INTERVERTEBRAL*"; y en virtud del recurso de apelación interpuesto la Sala No. 1 de la Junta Nacional de Calificación determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era incluso tan solo del 22,3%, pero para no hacer más gravasa la situación de quien apela determinó confirmar la conclusión que profirió la Junta Regional[1].

En este punto corresponde poner de presente, tal como lo hizo en su oportunidad el servidor judicial de primer grado, que no se cuestinó a través del presente juicio los dictamenes que se profieron las juntas de calificación de invalidez en el trámite de revisión antes referido, de tal manera que no resulta de recibo el planteamiento que efectúa el recurrente en el sentido que es a la entidad accionada y a la vinculada como litisconserte necesaria, a quienes correspondía determinar la disminución del grado de pérdida de capacidad laboral del demandante; máxime tal

---

[1] Cfr Fls 322 a 329

como se pudo observar para ello el Legislador dispuso, en lo pertinente el mismo trámite administrativo previsto para el reconocimiento de la prestación, mas no así el adelantamiento de un proceso judicial.

En este punto, corresponde igualmente tener en cuenta que lo que se pretende a través del presente juicio es el reestablecimiento de la pensión de invalidez, posibilidad prevista en el inciso 4° del mismo precepto, el que para el efecto exige un nuevo dictamen que de cuenta del estado de invalidez del afiliado a quien se habia retirado el derecho.

En el caso objeto de estudio, no se discute por parte del recurrente que el concepto emitido por la Dra. Patricia Castillo Valencia[2] no cumple con los presupuestos que establece el Código General del Proceso para que sea tenida frente a la acreditación del estado de invalidez como un dictamen pericial.

Ahora bien, el dictamen que se decretó dentro del proceso y que practicó la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez[3], con las formalidades que sobre el particualr establece el artículo 228 del C.G.P., determinó que la pérdida de capacidad laboral del demandante era del 43, 24%, el cual se determinó respecto de las patologías de Enfermedad Orgánica del Corazón, Hernia Discal y Limitación AMA columna.

Ahora bien, a pesar de que aduce el recurrente que el referido dictamen carece de aptitud para ser el fundamento de la decisión, del análisis del mismo así como de los cuestinamientos realizados al ponente, considera la Sala ningun reparo merece la determinación del servidor judicial de primer grado al acogerlo y negarse a ordenar un nuevo dictamen.

---

[2] Cfr fl 162 a 168
[3] Cfr fl 369 a 374

En efecto, refiere el recurrente que se presenta una contradicción en el dictamen dado que se hace referencia a una mejoría respecto de la calificación que se realizó en el año 2007 en relación con una cirugía a corazón abierto, pero que sin embargo dicha intervención tuvo lugar en el año 2000, pese a ello soportado en la historia clínica del paciente, en el dictamen pericial cuestionado se hace referencia a 3 intervenciones diferentes, la última de las cuales efectuada en el año 2009 de remplazo de marcapasos y además en su declaración el perito refirió que la mejoría tambien podía presentarse por el tratamiento médico.

Tambien refiere el recurrente que se omitió calificar en el dictamen decretado, el item denominado arcos de movimiento de columna en relación con la patología que presenta en el demandante en la columna, circunstancia que corroboró el perito, y soportó en la existencia de una directrices general conforme con la cual cuanto se da calificación por dolor, no se califican ángulos, dado que la sintomatología es el dolor y en el dictamen emitido incluso se pasó de leve a moderado en relación con la calificación realizada en el año 2014.

Y en relación con la falta de valor a la enfermedad degenerativa, aspecto en el que hace hincapie el recurrente para indicar que se presenta una gran contradicción es por el hecho que en la parte final del dictamen se indicara que no aplica calificación, el perito señaló que ello si ocurrió y que incluso respecto del dictamen realizado en el año 2014, al pasar de 7,5 a 10 puntos.

Bajo tal persepctiva no resultan de recibo los motivos de inconformidad que expone el recurrente para que se desonozca el dictamen practicado en el trámite del proceso y se ordene la práctica de uno nuevo, pues el que se decretó y practicó por parte de la Sala 4 de la Junta Nacional de

Calificación de Invalidez se encuentra soportado desde el punto de vista fáctico y científico.

En tal sentido, considera la Sala, ningún reproche merece la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, en tanto no se acreditó la condición de inválido del demandante para de acuerdo a ello ordenar el restablecimiento de la pensión de invalidez que le fue suspendida.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $100.000,oo.

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 impugnada de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **COSTAS** a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencia en derecho la suma de $100.000,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

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2018-00346-01. Proceso Ordinario Sandra Viviana Malungo Rodríguez 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 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 los apoderados de las demandadas Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de julio de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como el traslado a a la administradora de pensiones a Protección S.A,; se condene a ésta última a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 se estuvo afiliada al ISS desde el 28 de agosto de 1990 hasta el 28 de noviembre de 1997, data para la que se trasladó a Colfondos S.A. y que 28 de septiembre de 2007 se trasladó a Protección S.A.

Agregó que para el momento en que produjo su traslado de régimen no se le suministró información apropiada y completa para proceder al cambio de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable y ordenó el traslado del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, entidad a la que ordenó actualizar la historia laboral de la demandante

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

La apoderada de la demandada Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda.

Tiene como fundamento que la demandante haciendo uso del derecho a la libre escogencia, suscribe el formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A. el 28 de noviembre de 1997; eso, conforme lo prevé el Artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen escogido; la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que el asesor de la AFP le informó sobre condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente, por lo tanto se obtiene que la AFP le brindo la información que era necesaria o requería al momento de efectuar el traslado; al igual que no es beneficiaria del régimen de transición.

Por su parte el apoderado de la demandada Colfondos S.A. manifestó que las sentencias traídas a colación por el Juez de primera instancia, en las cuales se establece la carga de la prueba para las administradoras de pensiones, no se pueden aplicar al caso en cuestión dado que no se está bajo el mismo presupuesto factico de las sentencias señaladas, toda vez que cuando la Honorable Corte Suprema se pronunció al respecto, únicamente lo hizo conforme a personas que eran beneficiarias del régimen de transición, por lo cual su derecho pensional se vio afectado al momento de ese traslado de régimen. Y teniendo en cuenta que su representada no tenía por qué haber dicho a la demandante que su mesada pensional en Colfondos S.A. sería de cierto monto y en Colpensiones o en su momento en el ISS iba a ser por otro monto; teniendo en cuenta el hecho de que así su representada haya brindado una asesoría de carácter verbal, no le quita el carácter de asesoría que fue otorgado a la demandante y que esta obligación de documentar la asesoría solo surgió con la ley 1748 del año 2014. Igualmente solicitó a esta Corporación que sea revocado el numeral con relación a los gastos de administración, en tanto que su representada no puede ser condenada a devolver esos gastos, puesto que han sido invertidos para generar los

rendimientos que actualmente tiene la accionante; los cuales fueron administrados de forma responsable y conforme a la ley.

Así mismo, el apoderado de la encartada Protección S.A. interpuso recurso de apelación buscando se modifique la sentencia dictada más específicamente en el numeral 3°, teniendo en cuenta que el traslado efectuado por su representada se realizó bajo los preceptos legales y el mismo se dio en virtud de un traslado de AFP, además como consta en el formulario de afiliación, la demandante firmo de forma voluntaria, libre, espontanea y sin presiones; por ello no se le puede imponer una carga económica a su representada por los gastos de administración debido a que estos fueron causados y aceptados desde el momento en que la accionante decidió trasladarse al Fondo, sustentando su argumento en el Artículo 1746 del Código Civil, dado a que los saldos de la actora ya fueron trasladados a la AFP Colfondos S.A.

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.

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*

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.

---

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.".*

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 las demandadas Colfondos S.A Pensiones y Cesantías y la Sociedad 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 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 y la Sociedad 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.

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 Colfondos S.A 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 no estar cobijada por el régimen de transición, 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. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes Protección S.A., Colfondos 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 PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. para su tasación inclúyanse 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

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. 11-001-31-05-022-2015-00753-01. Proceso ordinario de Mario García Chaparro contra Serviconi Ltda. (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 demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de noviembre de 2017.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de una relación laboral con la demandada bajo la modalidad de obra o labor contratada, el cual se desarrolló desde el 4 de julio de 2014 hasta el 16 de enero de 2015 y que el mismo finalizó por decisión unilateral e injustificada de la demandada;

se condene a ésta última al pago indexado de la indemnización correspondiente.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó laboralmente con la sociedad demandada el 4 de julio de 2014 mediante contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada, para desempeñar el cargo de Vigilante en las sedes educativas y áreas administrativas de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, labor que afirma desempeñó hasta el 16 de enero de 2015, cuando la demandada en forma unilateral e injustificada decidió dar por terminado el contrato de trabajo.

Agregó que el 24 de junio de 2014 la demandada en condición de integrante de la Unión Temporal Educación Segura 2014 firmó contrato para la prestación del servicio de vigilancia fija y móvil para las sedes educativas y áreas administrativas de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Una vez notificada, la sociedad demandada dio respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en su defensa que el vínculo laboral que la ató al demandante se desarrolló bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido y que al finalización del mismo se le reconoció al actor la correspondiente indemnización. Propuso en su defensa las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, entre otras.

La *aquo* absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones de condena impetradas en su contra, al considerar en esencia que si bien entre las partes existió un contrato de trabajo y que el mismo finalizó por

determinación de la empleadora, no se acreditó que el referido fuese de obra o labor contratada como se afirma, supuesto sobre el que aquellas se erigen.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en ele efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que la servidora judicial de primer grado no tuvo en cuenta el contrato de seguridad que suscribió la demandada con la Secretaría de Educación, ni que uno de los testigos traía la prueba de la que se establece que sí suscribieron contratos de obra o labor contratada.

Así mismo aduce que se obró de mala fe frente a su mandante en tanto se le llevó a una empresa a firma contrato y a los tres días le estaba diciendo que su empleador era la otra empresa sin indicarle previamente.

Aduce que el artículo 53 de la Constitución Política establece de forma inequívoca la protección de los derechos laborales al establecer los principios y derechos como una garantía a los trabajadores y acude particularmente al principio de primacía de la realidad, conforme al cual prevalece la realidad sobre las formalidades de un contrato laboral

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

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar la si la modalidad contractual del vínculo laboral que unió a las partes lo fue por obra o labor determinada y de ser así, si es procedente el reconocimiento de la indemnización por despido reclamada.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes el vínculo laboral que las unió entre el 4 de julio de 2014 y el 16 de enero de 2015, ni que el mismo finalizó por determinación unilateral e injustificada de la demandada.

Bajo los anteriores supuestos, corresponde indicar que entre las modalidades del contrato de trabajo en relación con su duración en el artículo 45 Código Sustantivo del Trabajo se establecieron básicamente dos modalidades, a saber, aquellas de duración indefinida, en donde no se establece un término de duración del vínculo, y aquellas en las que el contrato tiene una vigencia o plazo determinado, dentro de las que se encuentran, el contrato de trabajo a término fijo, en el que la duración se establece de antemano; aquellos para la realización de trabajo accidental, ocasional o transitorio, cuya duración no es mayor a un mes; y los de obra o labor determinada, en donde la duración del vínculo la define la propia terminación de la obra o labor acordada, de allí que no cualquier contrato puede ser susceptible de esta clase de duración.

En efecto, a juicio de esta Corporación el propósito de esta última modalidad de duración del contrato de trabajo, es sentar un término de fenecimiento del vínculo laboral, pero que lo determina la propia actividad contratada, de allí que no en toda clase de contratos esta se pueda predicar,

pues existen actividades que tienen un carácter permanente y esa circunstancia por si sola impiden delimitar la duración del contrato de trabajo de esta forma.

Ahora bien, en este punto corresponde tener en cuenta que la validez del contrato de obra o labor no se condicionó a una forma específica de celebración o formalidad para su eficacia, como sí lo estableció frente al contrato de trabajo a término fijo, y en razón a ello aquél puede establecerse a través de cualquier medio de convicción que en todo caso de cuenta en forma clara de la existencia de dicha forma de contratación.

Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL2600 del 27 de junio de 2018 sobre el particular enseñó:

> *"Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada.*
> *(...)*
> *Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado."*

Ahora bien, al trasladar las anteriores premisas al caso objeto de estudio se advierte que no existe medio de convicción del cual sea posible establecer con meridiana claridad que el contrato de trabajo que unió a las partes se dio en la modalidad de contrato de obra o labor determinada.

En efecto, a pesar de que se incorporó al plenario copia del contrato de prestación de servicios que la Secretaría de Educación de Bogotá suscribió con la Unión Temporal Educación Segura 2014[1], de la cual formó parte la sociedad demandada y que el actor prestó servicios en una institución educativa, contrario a lo que plantea el recurrente ello no permite establecer que el demandante efectivamente se hubiere vinculado en la modalidad de obra o labor determinada.

Ahora, aun cuando se recepcionaron las declaraciones de los señores Roberto Mosquera Mosquera, Napoleón Huertas Chaves y Alexander Quiroga Castro, de las mismas no es posible establecer que el accionante efectivamente se hubiere vinculado bajo dicha modalidad contractual, pues cada uno de los deponentes hacen alusión a la situación particular de su vinculación, pero no tuvieron una percepción directa relacionada con la forma en que se dio la contratación del demandante.

En este punto corresponde indicar que si bien el recurrente aduce que uno de los testigos tenía prueba documental que permitía determinar ese aspecto, lo cierto es, que ninguno de los deponentes al momento de su declaración refirió tal circunstancia y en todo caso no es esta la oportunidad procesal pertinente para su incorporación.

---

[1] Cfr fls 17 a 26

En las condiciones analizadas, ningún reparo merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, razón por la que se confirmará.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo del recurrente para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $100.000,oo

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. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $100.000,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

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

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

Ref.: Radicación N° 11001 31 05 023 2018 00107 01. Proceso Ordinario Ana Cecilia Barón Fernández 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 de la demandada Colfondos S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de julio de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración que la AFP Colfondos incumplió con su deber de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional y como consecuencia de ello se declare nula su afiliación al régimen de ahorro individual y se declare que se encuentra

válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la demandada AFP Colfondos S.A. registrar en su sistema de información que su afiliación es nula e ineficaz, a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales y se condene a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida que administraba el ISS desde el 22 de febrero de 1986 hasta el 20 de septiembre del 2000 cuando se trasladó a Colfondos S.A. y a partir del 20 de noviembre del 2006 a Santander Pensiones y Cesantías hoy Protección Pensiones y Cesantías S.A.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual son solidaridad y ordenó el traslado de los aportes a Colpensiones, al considerar en esencia de un lado, que de acuerdo con el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia las administradoras tienen el deber de suministrar al afiliado información clara, cierta y comprensible y que conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil en estos asuntos opera la inversión de la carga de la prueba y que como la demandada Colfondos S.A no acreditó el cumplimiento de tal obligación.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de COLFONDOS S.A interpuso recurso de apelación, el que fue concedido de forma oportuna por el fallador de primer grado.

Solicita el recurrente se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelva de los pedimentos elevados, por cuanto tal como quedó acreditado en el plenario con las pruebas documentales y el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma tenía conocimiento de las ventajas de afiliarse al RAIS establecidas en la Ley 100 de 1993 y que si las desconocía ello genera un error de derecho y un erro de hecho, puesto que sí era consiente del acto jurídico del traslado.

De igual forma aduce que las sentencias de la Sala Laboral a que hace alusión el *aquo* en la sentencia de primera instancia, analizan el caso de una persona que tenía régimen de transición y que su derecho pensional fue truncado pues al perder su régimen no alcanzaba a tener una mesada pensional, situación que en este casi no nos ocupa puesto que la demandante si tiene garantizado su derecho pensional en el fondo de pensiones en el cual se encuentra activa sino que su inconformidad se da respecto del monto de la mesada.

Finalmente solicita que de confirmarse la ineficacia del traslado, se revoque el numeral relacionado a los gastos de administración a cargo de COLFONDOS puesto que no se tuvo en cuenta que estos gastos administrativos se utilizaron también para generar rendimientos que la demandante recibió de COLFONDOS, entonces sí al condenar a su devolución, no se están reconociendo los rendimientos que se genera, en tal

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 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.

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

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

---

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.".*

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, sin que sea de recibo el argumento que expone el recurrente relativo a que esa circunstancia solo se puede establecer al momento en que se va a reconocer el derecho pensional, al punto que desde el año 2014 ese es uno de los requisitos que expresamente estableció el Legislador.

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 entre la ineficacia del traslado y 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 y como consencuencia de ello a la Sociedad 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 el deber de información se ha de verificar frente a todo afiliado sin distinción alguna.

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 administradora de pensiones privadas, que la misma tuvo toda la información del mismo régimen, pues el conocimiento fue obtenido con posterioridad a su afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, situación que debió ser puesta de presente por las AFP en el mismo momento del diligenciamiento de su formulario de afiliación.

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 Protección 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.

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.

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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para su tasación incluyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Sobre 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 No. 11-001-31-05-029-2015-00045-01. Proceso ordinario de María del Pilar Camacho Rodríguez contra Alicia Castellanos de Arévalo (Consulta 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2018.

ANTECEDENTES:

La señora MARÍA DEL PILAR CAMACHO RODRÍGUEZ convocó a la señora ALICIA CASTELLANOS DE ARÉVALO en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio denominado *CENTRO DE EDUCACIÓN DE ADULTOS CULTURAL*, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 10 de

enero de 2011 y el 25 de junio de 2012, el que finalizó de forma unilateral y sin justa causa la empleadora y que como consecuencia de los anteriores, se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (Pensión, Salud y Riesgos Laborales), caja de compensación familiar, subsidio de transporte, dotaciones y reajuste del salario al mínimo legal mensual vigente causados en vigencia de la relación laboral, así como, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 10 de enero de 2011 y el 25 de junio de 2012, que finalizó de forma unilateral y sin justa causa la hoy demandada, desempeñando el cargo de oficios varios, con un horario de trabajo de domingo a domingo de 8 a.m. a 5 p.m., devengando como último salario la suma de $400.000; que a la demandante se le adeudan el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, subsidio de transporte, dotaciones y reajuste de la remuneración al salario mínimo legal mensual vigente causados en vigencia de la relación laboral, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria por no pago oportuno, indemnización por despido injusto; que a la actora no se le realizó el examen médico de egreso; que se elevó conciliación ante el Ministerio de Protección Social, a la que acudió el señor José Cosme Arévalo Castellanos en calidad de representante legal de la demandada.

La aquo, absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de la demandada, teniendo en cuenta que la demandante no acreditó la prestación personal del servicio en favor de la demandada, ya que no se aportó medio probatorio alguno que demostrara dicha situación para poder

dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., por lo que al no demostrarse el vínculo laboral, no había lugar imponer condena alguna en contra de la encartada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a la demandante, 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.

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

CONSIDERACIONES

El análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por la demandante, y de encontrarse probado dicho presupuesto, establecer si hay lugar a la declaración de los derechos reclamados en el escrito promotor del litigio.

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: i) prestación personal del servicio; ii) retribución o salario, y; iii) 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, advierte esta Sala de Decisión que el único medio probatorio allegado al expediente, es el concerniente a la citación y el acta de no conciliación adelantada ante el Ministerio del Trabajo visible a folios 4 y 5 del plenario, en la que se indica que a la misma asistió como parte querellada el señor José Cosme Arévalo Castellanos en Calidad de Coordinador de la institución, sin acreditar dicha situación, ni la de representante legal de la misma y en la que manifestó dicha persona:

"soy el coordinador de la institución. Yo la contraté para trabajar dos horas el día viernes y dos horas el día domingo, mensualmente se le daban cien mil pesos por el aseo. Ese era el acuerdo. Ese contrato fue desde 2010 al 2012 más o menos hasta marzo. A partir de marzo hicimos convenio con ella, donde se le pagaba cuatrocientos mil pesos de sueldo integral por las funciones de secretaria como sueldo integral, porque no se le pagaba transporte ni seguridad social, ese fue el acuerdo verbal. No teníamos alumnos en ese momento. El despido fue por causales de deshonestidad. No abrió un domingo y cogió la plata del profesor y como a los quince días le hice por qué lo había hecho y devolvió la plata. Es importante que quede ahí que a ella s ele pagó todo y se autopagaba. Como secretaria estuvo trabajando de ocho de la

mañana a doce y de dos a cinco de lunes a viernes y el día sábado trabajaba de ocho de la mañana a doce y de dos a cinco y los domingos de ocho a doce. Teniendo en cuenta que se le daba todos los martes de descanso. El sueldo como secretaria era de cuatrocientos mensuales, solamente estuvo como secretaria de marzo a junio de 2012 (...)".

Atendiendo la audiencia de conciliación a la que se hizo referencia, debe indicarse que tal como lo manifestó la falladora de primer grado, no es posible extraer de la afirmación efectuada por el señor Arévalo castellanos confesión alguna que pueda establecer la prestación personal del servicio efectuado por la demandante en favor de la aquí demandada, por cuanto tal y como lo manifiesta el mismo señor, fue él quien contrató los servicios de la señora Camacho Rodríguez y si bien aduce ser coordinador de la institución, también lo es, que tal supuesto no fue acreditado de forma alguna por el extremo activo que así lo acreditara, ya que no se advierte la calidad de representante legal del establecimiento de comercio o vínculo alguno con el mismo, carga probatoria que le correspondía a la parte actora de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral, extremo procesal que no efectuó esfuerzo probatorio alguno por acreditar si quiera, la prestación personal del servicio que reclama, postulado que ha sido reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado No. 46704

"Para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con

la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral.

Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado quien presta el servicio, que se traduce en un traslado de la carga probatoria. Ello tiene fundamento en el carácter tuitivo o protector de las normas del derecho al trabajo, que le otorgan a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria consistente en probar la simple prestación del servicio a una persona natural o jurídica, para que se presuma esa relación contractual laboral.".

En ese orden de ideas y como quiera que la parte actora no demostró la prestación personal del servicios respecto de la persona a la que se le reclama la existencia de la relación laboral, requisito indispensable para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., no queda otro camino que absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra al no demostrarse el vínculo laboral, razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión impugnada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las COSTAS de primera instancia quedarán a cargo de la demandante y sin ellas 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: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en esta sentencia. **COSTAS.** Se confirman las de primera instancia y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **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. 11-001-31-05-028-2017-00010-01. Proceso ordinario de Jaime Arturo Ortiz contra Omaira Ibeth Nieto Sua y Otros (Consulta 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 4 de octubre de 2018 en la que, para lo que interesa al recurso, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES:

El señor JAIME ARTURO ORTIZ convocó a la señora OMAIRA IBETH NIETO SUA y a la sociedad GLOMAFARMA S.A.S., a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido por el período

comprendido entre el 18 de septiembre de 2011 y el 23 de mayo de 2016, que terminó de forma unilateral y sin justa causa por la demandada y que como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, así como, a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (Salud, Pensión, Riegos Profesionales y Caja de Compensación) y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre el actor y la señora Omar Ibeth Nieto Sua en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio Glomarfarma S.A.S., se celebró contrato de trabajo el 18 de septiembre de 2011, para ejercer el cargo de domiciliario, pactándose el salario mínimo legal mensual vigente por medio turno de labor, con un horario de trabajo de lunes a sábado de 8 de la mañana a 12 del medio día; que el actor desde el momento en que ingresó a laborar no se le efectuó el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, ni se afilió al Sistema Integral de Seguridad Social (Salud, Pensiones ni ARL), ni a la caja de compensación; que la demandada de forma verbal le informó al demandante que se terminaba el contrato de trabajo el 23 de mayo de 2016; que el actor de forma verbal solicitó el pago de sus acreencias laborales, no obstante, tan solo se le pagó los salarios adeudados entre el 16 al 23 de mayo de 2016; que el actor peticionó certificación laboral, emitiéndose por la demandada una certificación comercial; que se efectuó citación ante el Ministerio del Trabajo, a la que no asistió la convocada.

Frente a estas súplicas, la aquo, advirtió que de los medios probatorios arrimados al proceso no se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor, así como tampoco, lo concerniente con los extremos temporales que rigieron la relación laboral, por lo que debía absolver de los pedimentos del libelo genitor.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo anterior, el análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por el demandante, y si hay lugar a la declaración de los derechos reclamados en el escrito promotor del litigio.

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: i) prestación personal del servicio; ii) retribución o salario, y; iii) 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, el actor aportó como medio probatorio certificación comercial emitida por la sociedad GLOMARFARMA[1], en la que se indicó:

> *"Por medio de la presente nos permitimos Recomendar que el señor* ***JAIME ORTIZ*** *identificado con c[é]dula de ciudadanía número 80.380. 142 de Bogotá Mantiene vínculos comerciales con nuestra empresa mediante contrato de obra o labor.*
>
> *Demostrando ser una persona honesta Digna de confianza des[de el] mes de enero del año 2012".*

Así mismo, se recepcionó la declaración en favor del actor de los señores Carlos Andrés González y Edison Yesid Barrera, manifestando el primero que conoce al demandante desde el momento en que ingresó a laborar como mensajero para la demandada, sin embargo, aduce que no tiene conocimiento de la fecha de ingreso, pero sabe que finalizó en el año 2016, no obstante no conoce el motivo de la terminación. Que el actor laboraba de lunes a sábado de 8 de la mañana a 12 del medio día efectuando domicilios, previa entrega de una ruta que se le realizaba y que si debía ausentarse del trabajo debía pedir permiso a la señora Omaira, no obstante, aduce que dicho conocimiento se generó producto de lo que le ha contado el actor.

---

[1] Cfr. Fl. 16.

Por su parte, el señor Edison Yesid Barrera informó que conoce al demandante hace cono 6 o 7 años y por ello sabe qué hacía entregas de pedidos dos o tres veces a la semana, pero no tiene mayor conocimiento frente al contrato existente entre las partes, ni mayor detalle respecto a la relación laboral.

De otra parte las testigos María Esperanza Cuervo y Alejandra Suárez manifestaron que el actor prestaba sus servicios de forma esporádica una o dos veces por semana, ya que la sociedad cuenta con un conductor de planta que es quien efectúa la entrega y recepción de las mercancías que se requieran. Que el señor Ortiz laboraba para Probafarma que era quien compraba unas mercancías en la hoy demandada y los iba a recoger el actor, efectuándose el pago inmediato sobre el pedido.

Así mismo, se aportó por la demandada copia de facturas de venta de diferentes medicamentos visibles a folios 61 a 77 del plenario, de los que no se puede establecer situación diferente a que el actor fue cliente de Glomarfarma S.A.S. en reiteradas oportunidad, para lo cual adquiría productos de la misma con una periodicidad de una vez al mes.

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que en efecto el actor no logró acreditar la existencia de la relación laboral, pues de los testimonios no se puede llegar a dicha conclusión, más aún por cuanto a uno de solo testigos de la parte actora solo le consta lo relatado por el mismo demandante y el restante informa que la prestación personal del servicio era esporádica por dos o tres veces por semanas, manifestaciones que se acompasan con las declaraciones rendidas por las testigos de la encartada, quienes informaron que en efecto el actor prestar sus servicios pero de forma intermitente, de acuerdo con la necesidad del servicio, pues la demandada contaba con un conductor de planta que realizaba las

funciones que aduce el actor, por lo que no hay certeza en lo concerniente al vínculo laboral, pues si bien se materializó una prestación personal, la misma no fue constante y por ello no se puede determinar los posibles extremos del vínculo laboral que se alega, ni la remuneración percibida por el actor.

De igual forma, se advierte que si bien la encartada expide certificación en la que manifiesta un vínculo comercial con el actor, mediante contrato de obra o labor, también es necesario referir que no se informa en la misma la permanencia del servicio, ni otro dato que genere la existencia del vínculo laboral, por lo que debe indicarse que la parte actora incumplió el principio consagrado en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral por así disponerlo en el artículo 145 del C.P.T y S.S., el que dispone que a las partes les incumbe probar los supuestos fácticos en que se fundan sus pedimentos, cuestión que como se ha estudiado ampliamente en el proceso, no fue acreditado por el actor, ni siquiera en lo atinente con la prestación personal permanente del servicio, ni la remuneración devengada, ni la subordinación a la que estuvo sometido el demandante, motivos por los cuales se deberá CONFIRMAR la decisión consultada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. COSTAS de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas 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: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** en primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **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 N° 11-001-31-05-020-2017-00099-01. Proceso Ordinario de Libardo Mendoza Aguilar contra Colsubsidio (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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de septiembre de 2017.

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

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la demandada lo despidió sin justa causa, solicitó su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del despido o a otro de igual o superior categoría, con el

consecuente reconocimiento de los salarios, prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir desde el momento del despido hasta el momento en se produzca el reintegro, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

En forma subsidiaria solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado, así como la indemnización integral por daños y perjuicios materiales e inmateriales.

Como sustento de sus súplicas afirmó que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 1° de junio de 2004, que el último cargo que desempeñó fue el de Administrador de Supermercado.

Indicó que el 24 de septiembre de 2015, fue llamado a descargos y el día 30 de septiembre de 2016 fue despedido unilateralmente por la demandada, por hechos que tuvieron lugar los días 10 de agosto, 8 de julio y 18 de junio de 2016.

Adujo que la demandada realizó recorte de personal en el supermercado Ipanema y le endilgó responsabilidad por la no realización de actividades propias de los cargos no provistos o suprimidos.

La accionada dio respuesta a la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que el vínculo con el accionante finalizó por justa causa ante la violación de manera grave de sus obligaciones legales y contractuales, debido la irregularidades que se evidenciaron en el supermercado a su cargo. Propuso en su defensa entre otras las excepciones de prescripción e inexistencia de las obligaciones pretendidas.

El *aquo*, profirió sentencia en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones, al considerar en esencia que se acreditó por parte de la demandada la justa causa para terminar el vínculo laboral, consistente en el reitero y grave incumplimiento de sus obligaciones.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para lo cual aduce en síntesis que fue la demandada la que constituyó la justa causa para terminar el contrato, en tanto realizó las visitas en el momento en que existían las vacantes e intenta encontrar errores con el propósito de despedir a su mandante, razón por la que a su juicio existió mala fe por parte de la demandada.

Agregó que la demandada pretende con la terminación del contrato de su mandante trasladarle a éste último los problemas propios del almacén, los que afirma no se originaron por negligencia del trabajador, pues a su juicio eran problemas que debió suplir la demandada.

Señala que dentro del proceso sí se demostró que el demandante cumplió con todas sus obligaciones, tanto así que de esa forma lo reconoció incluso los testigos de la demandada, quienes reconocieron que el ex trabajador había informado acerca de la existencia de las vacantes y había prevenido a la demandada del eventual daño que las mismas podrían causar, y que se acreditó incluso que intentó hacer mas de lo que le correspondía para precisamente evitar que se causara un daño.

Aduce en tal sentido, que la demandada no logró acreditar la existencia de un daño, que fuera suficiente para despedir al trabajador, que incluso la Secretaría de Salud indicó que el establecimiento a cargo del demandante cumplió con toda la normatividad.

Concluyó que la demandada no logró probar en debida forma, pues los documentos aportados no permiten establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar, en las que el demandante hubiera sido negligente o hubiera incumplido sus deberes y que en todo caso el mismo no actuó de forma dolosa o con la intención de causar algún daño a la demandada.

CONSIDERACIONES

Acorde con lo que establece el artículo 66A del C.P.T. y S.S. corresponde a la Sala establecer si la determinación de finalizar la relación laboral por parte de la demandada, estuvo o no amparada en justa causa y de no ser así determinar la procedencia de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito es del caso tener en cuenta que no fue objeto de discusión entre las partes los aspectos relativos al vínculo laboral que los unió entre el 1° de junio de 2004 y el 30 de septiembre de 2016, así como tampoco lo es el hecho que la determinación de poner fin al vínculo provino de la demandada y que para ese momento el demandante ostentaba el cargo de Administrador del Supermercado Ipanema.

En la carta mediante la cual la empleadora tomó la determinación de finalizar el contrato expuso como motivo la transgresión injustificada de "*... sus obligaciones y prohibiciones laborales, durante los días 18 de junio, 8 de julio, 10 y 13 de agosto de 2016, pues en esos días se evidenciaron bastantes irregularidades en el supermercado que estaba bajo su responsabilidad, las cuales se dan por reproducidas en este documento, conforme a los anexos de su proceso disciplinario...*" circunstancias que a juicio de la demandada constituyeron "*incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones derivadas de su contrato de trabajo, del*

reglamento interno del trabajo y una clara violación de sus obligaciones legales y contractuales".

Entre los motivos concretos que adujo la demandada se hizo referencia a desorden, desaseo, góndolas vacías o medio surtidas y la existencia de productos vencidos y exhibidos.

Al respecto interesa a la Sala tener en cuenta que no es objeto de discusión y fue reconocido por el accionante en la diligencia de descargos, que éste en condición de Administrador de Supermercado, tenía a su cargo la puesta en funcionamiento de las actividades propias de la prestación del servicio y la coordinación de actividades diarias para la operación de punto de venta.

Ahora bien, de acuerdo con la documental Visita Jefe de Zona Supermercado Ipanema (fls 26 a 35 y 102 a 104) en concordancia con la prueba testimonial recepcionada a las deponentes María del Carmen Vega Aponte, en condición de Jefe de Zona y Yakeline Henao Otálora, como Jefe del Departamento de Canales Comerciales y como tal superior jerárquico de los Jefes de Zona; a juicio de la Sala es posible establecer con meridiana claridad que el Supermercado que se encontraba a cargo del demandante, presentó algunas inconsistencias los días 18 de junio, 8 de julio, 10 y 13 de agosto de 2016.

Circunstancia que en esencia tampoco cuestiona el recurrente, quien centra su defensa en el argumento de que la demandada pretendió trasladar sus problemas al demandante, en tanto realizó las visitas en el momento en que existían las vacantes, cuya existencia reportó oportunamente.

De acuerdo con la documental aludida entre las irregularidades advertidas se encuentra para el 13 de agosto de 2016 "*...mercancía mal arrumada y en deterioro y en un desorden total en los pasillos bodega totalmente colapsada. Una bodega no apta para las condiciones que exige la corporación. (...) Tenían el último compromiso de mejorar el punto de venta se evidencia sin embargo se evidencia (sic) sucio sin precios el 45% del Almacén esta caído en el surtido*"

Para el 10 de agosto, "*...falta de trabajo en el surtido, hay much[a] tierra en l[a]s góndolas [.] pegotes de cintas y en general bastante suciedad en la misma. El surtido es deficiente se evidencia falta de seguimiento. Las exhibiciones de pan están llenas de tierra especialmente en las canastas. (...)FRUVER: Se evidencia bien saneado, se puede observar bajo producto par[a] la redención de bonos ya que el pedido no ha llegado peo la rotación no se [h]a manejado de la mejor manera.*"

El 8 de julio, el Jefe de Zona advirtió: "*La bodega no se videncia trabajo de los RP la bodega no esta apta para el manejo de un supermercado. Se solicita las modificaciones de los RP (...) El punto de venta no esta apto para la venta no hay tránsito normal debido a la cantidad de mercancía en el punto de venta (...) Se evidencia que a las 11:35 am, no esta saneado el punto de venta en cuanto a FRUVER, no esta apto para la presentación al cliente. Hay mercancía en mal estado.(...) Se evidencia activos fijos al sol y agua dañados y sin ninguna clase de cuidados. Deterioro de los activos de la Corporación.*"

Y para el 18 de junio: "*... el supermercado carece de limpieza total de los activos del cliente. Pegostes de cita por los porta precios. (...) FRUVER no se encuentra en las calidades establecidas ni se ha*

trabajado a la hora. No esta saneado. Siendo las 9:32 am no hay surtido [en] la sección (...) En la sección de charcutería hay producto falta de limpieza e[x]trema (...) evidencia mala ejecución en el punto de venta [,] mercancía en piso de venta (sic) en mal estado sucia"

Circunstancias a las que también hacen referencia las declaraciones de las testigos antes referidas y que además se corrobora con el material fotográfico que se allegó por Jefe de Zona que realizó la visita, en donde además se da cuenta de la existencia de productos vencidos en los estantes del referido supermercado.

Ahora, si bien tanto las mismas deponentes como el representante legal al absolver interrogatorio de parte señalaron que en el supermercado a cargo del demandante se produjo la existencia de una o dos vacantes, las mismas fueron cubiertas por cuadrillas que se remitían de otros almacenes y personal de la empresa de servicios temporales Eficacia, circunstancia de la cual dejó además constancia el Jefe de Zona en el referido documento de visita al indicar el 10 de agosto de 2016 *"La seman[a] pasada se les envió la patrulla completa para recuperar el punto de venta en cuanto a la ambientación del mismo pero no se ve el cambio"* y el 13 de agosto del mismo año, expresó *"Desde hace dos semanas se les entregó operación logística y el punto en lugar de mejorar esta en peores condiciones... "*.

En las anteriores condiciones, ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues se encuentra acreditados los supuestos que expuso la demandada para finalizar la relación laboral, y sin duda constituyen una falta grave a las obligaciones que tenía el demandante como Administrador de uno de los puntos de venta de la demandada, pues a pesar de que se le efectuó

seguimiento por espacio de tres meses las deficiencias en el manejo del supermercado a su cargo persistían, las que no solo afectaban la imagen de la cadena y el desarrollo de su objeto social, con la falta de aseo y de surtido en las góndolas, sino que además, con la existencia de productos vencidos se puso en grave peligro la vida de las personas que los adquieren, con lo que se compromete no sólo el buen nombre de la empresa sino su responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados a los usuarios.

En este punto corresponde a la Sala precisar que la causal de despido en que incurrió el ex trabajador, esto es el grave incumplimiento de sus obligaciones, no requiere para su configuración la existencia de un daño efectivo al empleador, sino que basta con que se verifique que el incumplimiento en que incurre el trabajador o bien este previamente calificado como grave en el contrato de trabajo o los reglamentos, y de no ser así, sea calificado como tal por el servidor judicial; de manera que tampoco resulta de recibo el argumento que en tal sentido expuso el apoderado de la parte actora.

Ahora, no desconoce la Sala que a folios 44 y siguientes, obra copia de la visita que realizó la Secretaría Distrital de Salud al Supermercado administrado por el demandante el 21 de septiembre de 2016, el que concluyó con concepto favorable por parte de dicha entidad, sin embargo ello en modo alguno desvirtúa la responsabilidad de las faltas que le atribuyó y acreditó la demandada.

Los argumentos expuestos considera la Sala resulta suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.