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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FREDY GERMAN GUARNIZO REYES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-027-2019-00564-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada en legal forma, como apoderado sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FREDY GERMAN GUARNIZO REYES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 17 de febrero de 1986; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 29 de septiembre de 1995; que la AFP COLFONDOS S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el valor de su mesada pensional en el RAIS sería de $1.075.602, mientras que en COLPENSIONES ascendería a $3.936.936 y, finalmente, que solicitó tanto a COLFONDOS S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 3 a 36).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 224); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no obra prueba alguna de que al demandante se le haya hecho incurrir en error, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, igualmente que no obra protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, además que no cumple los requisitos de la sentencia SU062-2010 para que proceda el traslado en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (fols. 239 a 257).

3.2 AFP COLFONDOS S.A. Se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en que sí brindó al demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen; que fue el demandante quien de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A.; que no se aportó elementos probatorios que permitan demostrar algún vicio del consentimiento; que el acto de afiliación fue libre y se ratificó con los actos de relacionamiento del actor; que en caso de condena no se puede ordenar la devolución de la prima previsional y gastos de administración, ya que son conceptos descontados por autorización legal. Como excepciones de fondo expuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y, compensación y pago. (Fols. 1 a 19 Cd- Fol. 272 - Archivo contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenó a COLPENSIONES que acepte la trasferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante. Condenó en costas a solo a COLFONDOS S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí COLFONDOS S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen.

Manifestó que se aportó el formulario de vinculación por parte de la AFP, pero con ese documento no se logra acreditar la información brindada, a lo sumo acredita el consentimiento pero no informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de

las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, incluyendo los gastos de administración y comisiones.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que, al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, condenó en costas solo a COLFONDOS S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que el demandante no era un afiliado lego, ya que en el interrogatorio confesó que es economista y que la AFP le brindó la información previo a la firma del formulario de vinculación, además que tenía conocimiento del funcionamiento del RPM y el RAIS; que existió una indebida valoración probatoria, ya que del interrogatorio de parte la a quo solo tomó lo favorable, debiendo tener en cuenta lo desfavorable, es decir, lo confesado, esto es, que como economista sabia el funcionamiento y características de ambos regímenes, así como también que recibió información por parte del asesor, y que sabía cómo leer los extractos allegados por la AFP; que confesó que su salario era inferior en el tiempo, y que por ello era imposible hacer proyecciones; que el traslado fue libre y voluntario, además que solo se pide el traslado por el monto pensional y no por falta de información; que debe aplicarse el artículo 191 del CGP en lo relativo a que la confesión solo es en lo que le sea desfavorable; que la información en esa época era de carácter verbal y con el interrogatorio se logra demostrar que sí se brindó la información exigible en ese momento; que dicha información recibida era suficiente; que no se tiene en cuenta la prohibición legal del traslado, afectando la sostenibilidad financiera del sistema; que respecto de la carga de la prueba debe tenerse en cuenta cada caso particular, y como quiera que la asesoría era de manera verbal, se encuentra acreditado con el interrogatorio que la AFP sí cumplió con el deber de información, aunado a que resulta imposible probar hechos acaecidos hace más de 20 años; que debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema, en la medida en que nadie puede beneficiarse de los subsidios del estado; que en lo que respecta a las ventajas o desventajas, debe tenerse en cuenta el principio de igualdad, y acá el actor por ser economista tenía conocimiento de aspectos financieros de ambos regímenes. En síntesis, solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad de todas las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión:

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la demandante confesó en el interrogatorio que el asesor de la AFP le brindó asesoría a la hora de protocolizar el traslado de régimen; que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; de manera subsidiaria en caso de confirmarse la ineficacia, solicita que sean devueltos todos los conceptos en su integralidad, y que no se condene en costas a COLPENSIONES.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor FREDY GERMAN GUARNIZO REYES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 17 de febrero de 1986, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 46); que posteriormente el 29 de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 01 de octubre de 1995, donde actualmente se encuentra afiliado, conforme el formulario de vinculación (Fol. 50 vuelto) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 51 a 58).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la

connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de

obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas, superficiales e incipientes realizadas por la parte activa en desarrollo del interrogatorio de parte, ni relevantes las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del reclamante, como tampoco que no haya realizado indagaciones por su cuenta sobre su situación pensional ante las AFP accionadas o externamente a éstas.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo le dieron cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información. Por lo que, no sale avante la alzada propuesta por COLPENSIONES, dado que si bien es cierto de conformidad con el artículo 191 del CGP en el interrogatorio de parte se debe tener en cuenta la confesión de los aspectos que no sean favorables a la parte que rinde el interrogatorio, no es menos cierto que la decisión de la a quo no se fundó en la manifestación del actor relativa a que no recibió información, sino en que la AFP no cumplió con la carga de la prueba consistente en demostrar que brindó la información cualificada exigida por la Jurisprudencia, ello en la medida en que el accionante solo dio cuenta de haber recibido información general y de los aspectos favorables del traslado.

Igualmente es equivocada la postura de la recurrente en manifestar que la información exigible solo era de carácter verbal, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 la AFP debía dejar soporte documental y añejarlo al archivo o historia laboral del afiliado, sin que sea suficiente el formulario de vinculación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP COLFONDOS S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se debe confirmarse la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta engloba los conceptos aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP COLFONDOS S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

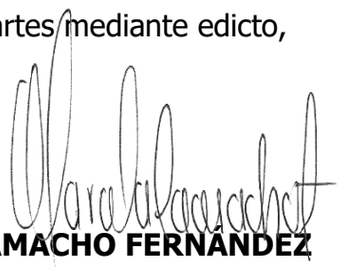
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de mayo del 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

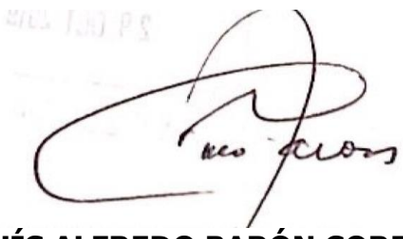
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

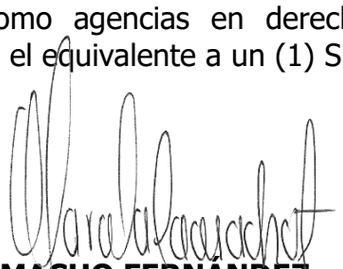


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***SUSANA PAREDES GONZALEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-029-2018-00534-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTS, identificado en legal forma, como apoderado judicial de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SUSANA PAREDES GONZALEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el julio de 1978; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en julio de 2000; que la AFP ROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que al 01 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, por lo que estaba cobijada por el régimen de transición; que en el RAIS le informaron que no alcanzaría a obtener la pensión de vejez, ofreciéndole la devolución de saldos, mientras que en COLPENSIONES obtendría una pensión de $2.524.194 y, finalmente, que solicitó tanto a PROTECCIÓN S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 47 a 54).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 61); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PROTECCIÓN S.A., además no probó el error, fuerza o dolo en la afiliación; que el traslado fue legal y no se encuentra viciado de nulidad. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, y la innominada o genérica. (Fols. 62 a 73).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó de manera libre y voluntaria, sin presiones ni engaños, además que cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, produciendo todos los efectos jurídicos; que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no hace nula la afiliación, con lo cual la actora pretende la declaratoria de nulidad y/o ineficacia soportando sus pretensiones en expectativas económicas del valor de su mesada pensional; que se encuentra en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fols. 138 a 148).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS; ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí PROTECCIÓN S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen. Que del interrogatorio de parte no se logró la confesión respecto de que haya recibido la información integral.

Igualmente consideró que si bien se allegó el formulario de afiliación con la firma de la actora y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, tal documento no es prueba idónea para demostrar el consentimiento informado, a lo sumo demuestra el consentimiento, pero no informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante y sus empleadores, tales como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.
En cuanto a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Propone recurso de apelación **PROTECCIÓN S.A.** solicitando la revocatoria parcial frente a los gastos de administración, con fundamento en que se tratan de descuentos autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, además se realizó como contraprestación por la buena administración de la cuenta de ahorro individual; que los gastos de administración son valores ya causados, y además se generan en ambos regímenes; que de conformidad con la certificación de aportes se evidencia los rendimientos que ha tenido la cuenta de ahorro individual, aspecto que permite inferir la buena administración por parte de la AFP; que para ordenar la devolución de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual debe evidenciarse un detrimento patrimonial, el cual no se encuentra demostrado; que los rendimientos de la cuenta de ahorro individual son superiores a los rendimientos que se hubieren generado de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, si la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, solo sería procedente la devolución de los rendimientos que se hubieren generado en el régimen de prima media con prestación definida; que aplicando el artículo 1746 del Código Civil la AFP estaría autorizada a quedarse con los frutos y mejoras del bien administrado; que con la orden impartida de devolver los gastos de administración se está desconociendo la constitucionalidad del régimen de ahorro individual declarado en la sentencia C-086 del 2002.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de

información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora SUSANA PAREDES GONZALEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 28 de julio de 1978, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1978, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 10); que cotizó en CAJANAL desde el 12 de marzo de 1987 hasta el 01 de octubre de 1995 de acuerdo al formato No 1, 2 y 3 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fol. 33 a 44); posteriormente el 17 de julio de 2000 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de septiembre de 2000, donde actualmente se encuentra afiliada, conforme el formulario de afiliación (Fol. 98) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 113 a 119).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PROTECCIÓN S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la

parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PROTECCIÓN S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asunto que gira en torno a si la UGPP debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, en razón a que antes de trasladarse al RAIS estaba afiliada a CAJANAL, debe señalarse que tal devolución no se encuentra en cabeza de la UGPP en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes a CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL 2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que

causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los *«causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras»*, casos que no se ajustan a la promotora de la Litis en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 50 años de edad, por haber nacido el 26 de enero de 1959 (Fol. 2), no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual al verificar la decisión de primera instancia, se encuentra que engloba los conceptos aquí delineados, y en ese sentido se confirmará la decisión de instancia en este aspecto.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliad, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. apelante y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio del 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. Las de primera, se confirman.

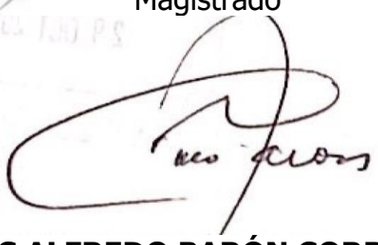
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

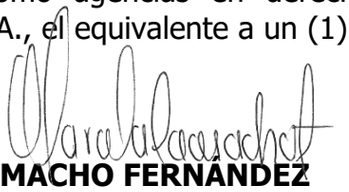


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***CAROLINA OSPITIA RAMÍREZ***
DEMANDADO: ***EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ "EAB ESP".***
RADICACIÓN: ***110013105-009-2018-00385-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***REINTEGRO.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. ENRIQUE LESMES RODRIGUEZ, identificado en legal forma, como apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAB ESP, en los términos y para los efectos del poder conferido, con lo cual también se entiende aceptada la renuncia del poder presentada por la Dra. GRACIELA ESTEFENN QUINTERO.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CAROLINA OSPITIA RAMÍREZ instauró demanda ordinaria contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAB ESP, con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral regida bajo un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 06 de abril de 1999, el cual finalizó unilateralmente y sin justa causa imputable al empleador, y en consecuencia, se ordene el reintegro a un cargo igual o de superior categoría al que ostentaba al momento de su desvinculación, con el respectivo reconocimiento de salarios, ajustes y/o aumentos legales y/o convencionales, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima semestral convencional, prima de vacaciones convencional, prima de diciembre o de navidad convencional, prima de alimentación convencional, prima técnica convencional, quinquenios y bonificaciones convencionales, bonificación por productividad, subsidio extraordinario convencional, becas para especialización convencional, indemnización moratoria o en su defecto la indexación, aportes al sistema general de seguridad social, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la empresa Controles y Automatización S.A. expidió una certificación a solicitud de la actora el 2 de septiembre de 2010, pero por error involuntario se expidió como "certificación laboral"; que tal certificado se presentó en el proceso de selección interno para proveer cargos de planta de la Empresa de Acueducto, alcantarillado y Aseo de Bogotá; que el 12 de junio de 2012 la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la entidad demandada, dispuso la apertura de investigación disciplinaria, al cual compareció el 31 de agosto de 2012 a rendir versión libre; que el 20 de junio de 2013 se ordenó el cierre de la investigación disciplinaria, y para el día 17 de enero de 2014 se profirió auto de pliego de cargos por presuntamente trasgredir la cláusula primera del contrato de trabajo suscrito el 05 de abril de 1999; que solicitó la práctica de pruebas pero le fueron negadas, ante lo cual interpuso recurso reposición y apelación, y en este último, resuelto a través de resolución No 0497 del 13 de junio de 2014; se negó la práctica de las pruebas, y se concedió una prescripción parcial que no fue pedida; que el 13 de agosto de 2014 rindió declaración el señor Alfonso Alba Cárdenas en su calidad de gerente de la sociedad Controles y Automatización SAS; que el 10 de marzo de 2015 se profirió auto de variación del pliego de cargos, manteniéndole el cargo inicialmente endilgado y adicionando una nueva conducta a la investigada, esto es, la prevista en el numeral 56 del artículo 48 de la ley 734 de 2002; que el 24 de abril de 2015 se declaró la nulidad de todo lo actuado desde el pliego de cargos proferido el 17 de enero de 2014, ello con fundamento en que la falta disciplinaria debía ser investigada y juzgada mediante el procedimiento verbal; que sobre la anterior determinación interpuso recurso de reposición y apelación el 11 y 14 de mayo de 2015, respectivamente.

Señaló que el 13 de julio de 2015 compareció a la audiencia verbal, y se ordenó la práctica de pruebas y la citación nuevamente del señor Alfonso Alba Cárdenas, pero ante las múltiples reprogramaciones no fue posible obtener el testimonio de aquél; que ante la imposibilidad de saber cuándo fue aportada la certificación, se realizó una visita especial a la Dirección de Calidad de Vida de la entidad demandada, pero tampoco se encontró fecha de radicado de la mencionada certificación; que el 09 de marzo de 2016 se profirió fallo de primera instancia, sin tener en cuenta que la acción esta prescrita, había cuenta que la certificación fue incorporada en el año 2010, además que el cargo segundo se sustenta en el testimonio del señor Alfonso Alba Cárdenas, sin tener en cuenta que fue decretada nulidad a partir del pliego de cargos del mes de febrero de 2014; que se vulneró el principio de inmediación al cambiarse entre 4 o 5 investigadores; que presentó recurso de apelación el 14 de marzo de 2016, y fue resuelto a través de resolución No 0195 del 1 de abril de 2016, con la que confirmó integralmente la decisión de primera instancia, que le impuso la destitución e inhabilidad general por diez años; que el día 01 de abril de 2016 se notificó de la decisión de segunda instancia, y ese mismo día la entidad demandada le confirmó la terminación de su contrato de trabajo; que la entidad demandada no cumplió con el procedimiento administrativo laboral interno que debería seguirse a fin de ejecutar las sanciones impuestas; que la entidad no sabía cómo proceder para la terminación del contrato de trabajo, razón por la cual el 10 de mayo de 2016 expidió un memorando interno terminando el contrato de trabajo con una supuesta justa causa a partir del 16 de mayo de 2016; que a la fecha la entidad demandada no ha presentado ninguna denuncia penal que permitan inferir que la certificación que dio origen al proceso disciplinario sea falsa (fls. 154 a 173).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 205); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que a la actora se le inició un proceso administrativo disciplinario No 5619-2012, en el cual luego de recaudar pruebas, se le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años como consta en la resolución No 0195 del 1 de abril de 2016, ello al comprobarse el incumplimiento de los deberes y prohibiciones de todo servidor público previstos en la Ley 734 de 2002, decreto 2127 de 1945, y en concordancia con el reglamento interno de trabajo, además que el proceso disciplinario estuvo ceñido a la constitución y a la ley, con respeto al debido proceso y el derecho de defensa; que la demandante en su condición de Auxiliar Administrativa Nivel 32 de la Dirección Operativa Comercial Zona 1, suministró con destino a su hoja de vida una certificación laboral expedida por una empresa privada Controles y Automatizaciones S.A. con contenidos que no correspondían. Asimismo, que de la manifestación que hizo el signatario de tal documento el 13 de agosto de 2014 quedó probado que se quebrantó el régimen disciplinario, pues aquel adujo bajo la gravedad de juramento que esa no era su firma, y que alguien había firmado por él. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación en cuanto a la pretendida declaratoria de la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo por parte del empleador y la pretensión de reintegro, respeto y acatamiento al procedimiento establecido en la ley disciplinaria, cobro de lo no debido, buena fe, pago, no configuración del derecho al pago de indemnización moratoria e indexación, compensación, presunción de legalidad, cosa juzgada, intervención de los entes de control poder preferente, prescripción y las genéricas que se llegaren a demostrar en el proceso (Fols. 217 a 242).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de agosto del 2020, en el que la falladora de instancia, absolvió a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora CAROLINA OSPITIA RAMÍREZ, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto a la pretendida declaratoria de terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo por parte del empleador y la pretensión de reintegro, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos, y gravó en costas a cargo de la demandante.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral de la actora con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP entre el 05 de abril de 1999 hasta el 16 de mayo de 2016, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, siendo su último cargo el de Profesional Nivel 22, siendo el problema jurídico a resolver si el despido estuvo motivado en justa causa y si procede el reintegro con el pago de salario y prestaciones esgrimidas en la demanda, desde el momento de su desvinculación.

Señaló que la entidad demandada inició un proceso administrativo disciplinario en contra de la actora, que término con decisión de destitución e inhabilidad, dado que la demandante en su condición de auxiliar administrativo nivel 32 vulneró la ley disciplinaria al suministrar con destino a la hoja de vida una certificación laboral expedida por la empresa Controles y Automatizaciones SAS, con contenido que no correspondían a la realidad, destitución que implicaba la terminación de su contrato de trabajo, lo cual ocurrió a partir del 16 de mayo de 2016.

Indicó la a quo que en efecto el hecho endilgado se encuentra acreditado, pues la actora presentó la certificación laboral expedida por la empresa Controles y

Automatizaciones SAS para participar en la convocatoria interna No 2011-22, certificación sobre la cual el señor Alfonso Alba Cárdenas expresó en diligencia del 13 de agosto de 2014, que conocía a la señora Carolina Ospitia Ramírez, pero que aquella no tuvo ningún vínculo laboral con su empresa, ni tampoco realizó asesorías, ya que solo compartían experiencias profesionales en ese campo especializado de aguas residuales; que la certificación fue elaborada por una funcionaria de su empresa, pero por un malentendido interno se elaboró y expidió en un formato que usualmente utiliza la empresa, sin que lo allí certificado corresponda con la realidad, aspecto que la misma demandante ratificó en el memorial de exculpaciones o descargos, al mencionar que las sugerencias que ella emitía a la sociedad Controles y Automatizaciones nunca fueron remuneradas y mucho menos se configuró ningún tipo de subordinación laboral.

Que adelantado todo el trámite disciplinario se observa que el hecho atribuido en la resolución No 195 de 2016 da lugar a la terminación del contrato de trabajo, pues ello está en concordancia con lo establecido en el artículo 113 del Reglamento Interno de Trabajo, además de constituir falta gravísima confirme el numeral 56 del artículo 48 de la ley 734 de 2002.

Sobre la prescripción, adujo que la acción disciplinaria prescribe en 5 años contados a partir de la consumación en el caso de faltas instantáneas y desde la realización del último acto en el caso de las faltas de carácter permanente o continuado, siendo que en el sub examine no se puede tomar la fecha de septiembre u octubre de 2010, ya que aquella es la fecha en que se expidió la certificación, y la falta acaeció el 18 de enero de 2012, fecha en la que efectuó la inscripción a la convocatoria 2011-22 pretendiendo hacer valer una supuesta experiencia laboral para obtener un ascenso en la entidad, y como quiera que la decisión de primera instancia se profirió el 09 de marzo de 2016, sin que hayan transcurrido los 5 años, no opera el fenómeno prescriptivo alegado.

De otro lado expresó que en el proceso disciplinario se respetaron los derechos y principios consagrados en el Código Disciplinario Único, y en lo relacionado con la declaración del señor Alfonso Alba Cárdenas rendida el 13 de agosto de 2014, no se ve afectada con la declaratoria de nulidad decretada el 24 de abril de 2015, ya que de conformidad con el artículo 145 del Código Disciplinario Único la declaratoria de nulidad no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente, razón por la que su testimonio podía valorarse en el fallo disciplinario emitido por la entidad demandada.

Sobre la falta de competencia de quien emitió la decisión de primera instancia precisó que la gerencia general en decisión del 24 de febrero de 2016 delegó como funcionaria ad hoc a Carmen Julia Guerrero como profesional especializada nivel 21 para que continuara con el trámite del proceso disciplinario, y teniendo en cuenta que el cargo de la investigada era de Auxiliar Administrativo Nivel 32, no se vislumbra ninguna nulidad en la persona que dictó la decisión de primera instancia.

Por sustracción de materia se relevó del estudio de las demás pretensiones, declarando probadas la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto a la pretensión de declaratoria de la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo por parte del empleador y la del reintegro, imponiendo costas a cargo de la parte demandante.

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte **demandante** manifestó que no se encuentra de acuerdo con dos puntos de la sentencia, el primero referente a la prescripción, en el entendido que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 734 de

2002, se debe tener en cuenta si la falta es instantánea o permanente, siendo que en el caso de la demandante la falta fue instantánea, debiéndose tener certeza que ello ocurrió cuando los documentos fueron allegados a la hoja de vida, situación que ocurrió en el año 2010, y no en el año 2012 como lo estableció la sentencia; el otro aspecto es en lo relativo a la falta de competencia de las personas que llevaron a cabo el proceso disciplinario, pues quien emitió el fallo de primera instancia fue Carmen Julia Guerrero, quien para el 9 de marzo de 2016 era profesional especializada nivel 22, cargo que no tenía funciones afines ni complementarias al proceso disciplinario, ni siquiera pertenecía a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias; que ninguna de las funciones establecidas para el cargo de profesional especializado grado 22 tienen que ver con llevar adelante la investigación disciplinaria; finalmente, que al haberse declarado nula la investigación, también afecta las pruebas, ya que se encuentra comprometido la legalidad de la sanción y la garantía del debido proceso.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 EAAB ESP.: Solicitó que se confirme la decisión de instancia ya que la terminación del vínculo laboral se produjo por la decisión disciplinaria adelantada en contra de la demandante, en la que se determinó la configuración de la falta gravísima , además que el proceso disciplinario se realizó respetando el debido proceso y las garantías procesales a la actora.

5.2 DEMANDANTE.: Esgrime que debe prosperar la excepción de prescripción, ya que los documentos fueron anexados a la hoja de vida en octubre de 2010, y es desde esa fecha que se debe contar la prescripción; que se presentó la falta de competencia de quien suscribe y juzga a la actora dentro del proceso disciplinario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿De conformidad con el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 se encuentra prescrita la acción disciplinaria en contra de la actora, que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo?

(ii) Así como también ¿La servidora pública que adelantó y culminó la primera instancia en el proceso disciplinario No 5619-2012 era competente para adelantar la acción disciplinaria?

(iii) ¿La nulidad de la actuación disciplinaria cobija también las pruebas practicadas al interior del proceso disciplinario?

Relación laboral y extremos temporales

Las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ en su

contestación (Fols. 217 a 242), sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 23), y la carta de terminación del contrato de trabajo (Fol. 128).

Sanción disciplinaria- prescripción- terminación con justa causa.

Previo a resolver el primer problema jurídico, sea menester señalar que a folio 386 a 432 se allega en medio magnético y físico la Convención Colectiva de Trabajo y el Reglamento Interno del trabajo. En el artículo 81 de la primera disposición normativa se establece la terminación del contrato de trabajo, acogiéndose a la tipificación contemplada en los artículos 82 y 83 del Reglamento Interno de Trabajo *"para terminar un contrato de trabajo, la Empresa en todo caso, seguirá estrictamente las normas que regulan el Sub Comité de Personal en especial las contenidas en los artículos 47 a 52 de esta Convención Colectiva de Trabajo"*, relacionando en los artículo 47 a 52 lo relativo al procedimiento a seguir para aplicar sanciones disciplinarias, y en el reglamento interno de trabajo, en su artículo 99 las sanciones disciplinarias que se impondrán teniendo en cuenta la gravedad de la falta, entre otras, se impondrá la *"6. Terminación del contrato".*

En el sub examine, no se discute que la entidad accionada no haya seguido el procedimiento convencional para proceder a la terminación del contrato de trabajo bajo la arista de la sanción disciplinaria, sin embargo, ello no es óbice para que la Sala de manera preliminar deje sentado que en esta clase de procesos, cuando la sanción disciplinaria constituye una falta gravísima, no se requiere que la entidad se ciña al procedimiento convencional o reglamentario, y en ese orden, como tampoco se reprocha en la alzada la situación factual que concluyó con la sanción disciplinaria de destitución, habrá de darse por sentado, en caso de no de prosperar la prescripción alegada y abordar el estudio de la falta de competencia del fallador en primera instancia del proceso disciplinario, y la nulidad de la prueba practicada, que en efecto se cometió la falta gravísima endilgada, y que, con el fallo disciplinario debidamente ejecutoriado se logró derruir la presunción de inocencia por parte de la entidad demandada, conforme el artículo 9 de la Ley 734 de 2002.

En sentencia SL10564-2017, la Corte Suprema de Justicia en un caso contra la entidad aquí demandada, esgrime:

> *"En este orden de ideas, desde ya se advierte que en ningún dislate jurídico incurrió el sentenciador de alzada, en razón a que, como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Corporación, **frente a las faltas gravísimas**, que también configuran justas causas de despido, solo procede el trámite previsto en la Ley 200 de 1995 ora en la Ley 734 de 2002, por lo que en consecuencia, **el procedimiento previsto en esta normativa, desplaza cualquier trámite convencional** establecido como previo para terminar el contrato por justa causa, que fue precisamente la conclusión a la cual arribó el sentenciador de segundo grado, cuando consideró que por tratarse de una falta gravísima, el Código Disciplinario Único, **prevalecía sobre la convención colectiva de trabajo**".*

En ese sentido, al no observar la Sala irregularidad en el procedimiento que estableció la entidad (Ley 734 de 2002) para efectos de imponer la sanción disciplinaria, es preciso traer a colación lo establecido en el artículo 32 de la citada disposición, el cual nos permite resolver el primer problema jurídico, en la que nos indica que *"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse **para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter***

permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar*"*(Subrayado fuera del texto)*.*

La a quo apreció que la falta endilgada a la actora no era instantánea sino permanente o continuada, presentándose la misma el 18 de enero de 2012, fecha en la que efectuó la inscripción a la convocatoria 2011-22, pretendiendo hacer valer una supuesta experiencia laboral para obtener un ascenso en la entidad; a su turno, la parte actora insiste en que debe contarse desde que la actora allegó tal certificación a la hoja de vida, esto es, aproximadamente entre septiembre y octubre de 2010.

Para desatar la anterior controversia, la Sala trae a colación la sentencia de radicación No 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09) del 7 de octubre de 2010, de la Sección Segunda- Subsección B, del Consejo de Estado, quien con mayor precisión ahonda en la definición de las sanciones de carácter disciplinario y la contabilización de la prescripción prevista en la Ley 734 de 2002, a saber:

> *De modo general, cuando se trata de faltas de designio permanente o continuado, es decir, cuando la lesión del bien jurídico protegido por la norma sancionatoria se prolonga en el tiempo, la prescripción opera de una manera, mientras que cuando el acto sancionable se agota de modo instantáneo, en un sólo momento, la forma de fijar el primer día del término de prescripción opera de manera diferente. Dicho simplemente, la prescripción se desencadena, luego de que la acción reprimible se agota en sí misma, pero esto último ocurre de modo diferente cuando el delito o la falta perseveran y se prolonga en sus efectos a lo largo del tiempo.*

Y en particular, en el caso concreto, allá referido a una recomendación para optar por un cargo público, y acá a una certificación para participar en un concurso de provisión de cargos de la planta interna, la Sala hace suyos los argumentos que esgrime el Consejo de Estado, así:

> *"La recomendación, como expresión de poder de quien la emite, crea en el ánimo del receptor un resultado que se mantiene en el tiempo y que persevera pertinazmente en el ánimo del funcionario. Esa prolongación de la irregularidad de la conducta incrementa su fuerza, si la sugerencia se hace mediante un vehículo documental que permanece en el tiempo y persevera como testimonio de la recomendación emitida.*
> *(…)*
> *Puestas en esta dimensión las cosas, no cometió yerro alguno la Procuraduría General de la Nación, cuando negó que la prescripción se pudiera contar desde cuando se emitió la recomendación, y sí desde cuando ella fue atendida por el Contralor General de la República, proveyendo los nombramientos, forma de computar el fenómeno extintivo que necesariamente llevaba a negar el reclamo puesto en esta materia"*

Conforme lo anterior, es equivocada la postura de la parte actora, ya que de ninguna manera puede sostenerse que la falta es instantánea con la presentación de los documentos en la hoja de vida, sino que continuada o permanente, pues la falta inició desde el día en que realizó la inscripción a la convocatoria 2011-022, esto es, el 16 de enero de 2012, postulándose al cargo de Profesional Especializado nivel 21, con el cual pretendía ascender acreditando la experiencia laboral con la certificación emitida por Controles y Automatizaciones S.A. (Fol. 270 vuelto), y perduró en el tiempo hasta tanto la entidad procedió a realizar la verificación y encontró la irregularidad (15 de febrero de 2012).

Así las cosas, no hay lugar a la prescripción, dado que, entre el 16 de enero de 2012, o incluso el 15 de febrero de 2012 y la data de la decisión de primera instancia que le impuso a la actora la sanción disciplinaria de destitución (09 de marzo de 2016 – fols. 245 a 256), no pasaron más de los 5 años de que trata el artículo 32 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, radicado 1100103- 15-000-2003-00442-01, en la que la prescripción se cuenta hasta el proferimiento y notificación del fallo de primera instancia, y no hasta que se resuelva la apelación del mismo.

Ahora, en lo relativo a que Carmen Julia Guerrero fungió como la funcionaria que asumió la continuación del proceso disciplinario No 5619-2012, y lo llevó hasta su culminación profiriendo la decisión de primera instancia, acota la Sala que tal reproche es desafortunado, dado que ante la renuncia de Sandra Yolima Useda Peña, quien llevaba a cargo el proceso, la gerencia de la entidad accionada decidió a través de auto del 24 de febrero de 2016 designar como funcionaria Ad-hoc a Carmen Julia Guerrero, quien ostenta la calidad de Profesional Especializado Nivel 21 (Fol. 236), para que continuara el trámite del proceso, aspecto que no denota falta de competencia, ello en la medida en que es potestativo del nominador designar o nombrar al servidor público de la entidad que tenga a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria, y ya en lo relativo a las funciones o que tal funcionario no tenga las calidades para proferir la decisión disciplinaria, baste traer a colación lo discurrido por la Corte Constitucional en sentencia C-1061 de 2003, en la que dijo:

> *"El carácter no especializado que en muchos casos puede tener el superior inmediato competente para adelantar una investigación disciplinaria, no es óbice para que la misma se adelante con estricta sujeción a las normas y principios formales y sustanciales que rigen la función disciplinaria. Todos los servidores del Estado en ejercicio de la función pública deben aplicar rigurosamente la ley, y la función disciplinaria no es la excepción, por manera que los servidores públicos, cualquiera que sea su versación jurídica, deben aplicar el Código Disciplinario Único, lo cual es la mayor garantía para los sujetos disciplinados".*

Así pues, en el sub lite no encuentra la Sala falta de competencia de la funcionaria Carmen Julia Guerrero al continuar con el trámite del proceso disciplinario hasta proferir la decisión en primera instancia; incluso el mismo Código Disciplinario Único prevé en el artículo 36 y siguientes, el proceder ante el acontecimiento de alguna irregularidad, impedimento o conflicto de intereses pero en el decurso del proceso disciplinario nada se planteó al respecto, por lo que resulta ser un argumento carente de sustento jurídico en esta instancia.

Finalmente, en lo que refiere a la nulidad decretada a partir del pliego de cargos proferido el 17 de enero de 2014, cumple precisar que en efecto ella tuvo lugar, pero su objetivo no fue otro que adecuar el proceso al procedimiento verbal, de conformidad con el artículo 143 numeral 3 de la Ley 734 de 2002, e incluso en procura de no afectar el debido proceso, dado que los hechos "pueden configurar falta gravísima" (Fols. 158 a 160 y 171 a 176), y en lo referente a las pruebas se dejó de manera expresa que "*las pruebas allegadas y practicadas legalmente conservaran su validez y alcance",* decisión que se acompasa con lo previsto en el artículo 145 de la Ley 734 de 2002, que dice: *"La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente".*

En ese orden, el pedimento de la actora de querer extender la nulidad de la actuación a las pruebas practicadas no tienen soporte legal alguno, máxime cuando ni siquiera se alega que las mismas se hayan practicado de manera irregular en el trámite del proceso disciplinario, pues su afán de que no hagan parte del acervo probatorio es porque el dicho del señor Alfonso Alba Cárdenas fue contundente, como se extrae de la declaración rendida el 13 de agosto de 2014, al mencionar que entre la demandante y él no ha existido ninguna relación laboral, y que "*el documento que se hace referencia y que me ponen de presente fue emitido por la empresa a solicitud de la señora CAROLINA OSPITIA, sin embargo no refleja con exactitud las condiciones de la relación y el alcance de las conversaciones entre la señora CAROLINA OSPITIA y yo, fue elaborado por una funcionaria de mi empresa quien rutinariamente expide certificaciones laborales y por un mal entendido interno de mi empresa expidió esa certificación (…). Es más ante mi ausencia colocó la imagen digital de mi firma en el documento elaborado en Word y fue por ello que fue expedido sin que yo tuviera oportunidad de verificar su contenido"* (Fol. 121 a 125).

La anterior declaración fue una prueba trascendental para la configuración de la falta endilgada como gravísima (Artículo 48, numeral 56 ley 734 de 2002), como se desprende del contenido del fallo de primera y segunda instancia en el proceso disciplinario, esto es, *"Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa".*

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia, la que con acierto impartió absolución a la entidad demandada de las suplicas de la actora.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la demandante, y a favor de la parte demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

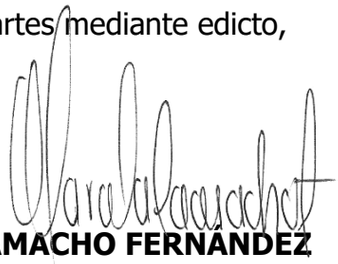
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto del 2020, por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de la demandante. Las de primera, se confirman.

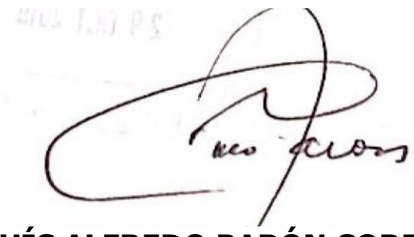
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAB ESP y a cargo de CAROLINA OSPITIA RAMÍREZ, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARY CRISTINA NEIRA TORRES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-010-2019-00470-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARY CRISTINA NEIRA TORRES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A., con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 25 de abril de 1983; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 24 de mayo de 1994; que la AFP COLFONDOS S.A., no le brindó asesoría integral al momento del traslado; que el 11 de junio de 2011 se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A.; que solicitó la invalidación del traslado ante OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, pero le fue respondido de manera negativa. (fols. 20 a 31).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 70); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante realizó el traslado a COLFONDOS S.A., además que el traslado efectuado se presume válido y realizado en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, por lo que deberá probarse por la demandante los vicios del consentimiento. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Fols. 79 a 85).

3.2 AFP OLD MUTUAL S.A. En la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que no intervino de manera directa ni indirecta en el traslado de régimen de la actora, ya que en el año 2011 venia afiliada al RAIS, y el traslado fue completamente válido, voluntario y libre de presiones; que la decisión del traslado es una decisión legal amparada por la buena fe por parte de los fondos privados y de la demandante, y goza de efectividad en aras de crear seguridad jurídica para las partes, lo cual no puede derrumbarse cuando la demandante está a portas de adquirir su derecho pensional. Como excepciones de fondo esgrimió las de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y, la genérica (Fols. 97 a 105)

3.3 AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda presentando allanamiento a las pretensiones (fol. 130).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada a COLFONDOS S.A.. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, asimismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración indexados; condenó a COLFONDOS S.A. que devuelva a COLPENSIONES los gastos y cuotas de administración indexados; ordenó a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de las AFP, y actualizar la historia laboral de la actora. Condenó en costas a COLFONDOS S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí COLFONDOS S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen. Que del interrogatorio de parte no se logró la confesión respecto de que haya recibido la información integral, ya que aquella solo manifestó que le informaron de generalidades y aspectos favorables del RAIS.

Igualmente consideró que si bien se allegó el formulario de afiliación con la firma de la actora y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, tal documento no es prueba idónea para demostrar el consentimiento informado, a lo sumo demuestra el consentimiento, pero no informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

Consideró la a quo el traslado horizontal realizado a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A. no convalida la falta de información en que incurrió COLFONDOS S.A., máxime en tal traslado tampoco se evidencia el cumplimiento del deber de información.

Ordenó a OLD MUTUAL S.A. como última AFP donde se encuentra afiliada que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, asimismo a realizar la devolución de gastos y cuotas de administración indexados. Igualmente extendió la condena a COLFONDOS S.A. para que devuelva a COLPENSIONES los gastos y cuotas de administración indexados.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora sin solución de continuidad en su afiliación, y a recibir los emolumentos que trasladen las AFP, convalidando su historia laboral.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional, por su nexo de causalidad con el derecho a la pensión de vejez que lo es irrenunciable e imprescriptible. Finalmente, condenó en costas solo a OLD MUTUAL.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **OLD MUTUAL S.A.** interpuso recurso de apelación parcial respecto de los gastos de administración, en el sentido de que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, su deducción se realiza en ambos regímenes, además tal como lo establece el artículo 36 del Decreto 692 de 1994 se distribuyen en cuentas separadas, y del 3 % de los gastos de administración un porcentaje es para cubrir los riesgos de invalidez y muerte; que la AFP cumplió con la obligación de generar rentabilidad en la cuenta de ahorro individual; que con los gastos de administración no solo se generan rendimientos sino también se consolida la historia laboral; que se debe ponderar y estudiar las restituciones mutuas, ya que la AFP actuó de buena fe y administró en debida forma la cuenta de ahorro individual; que el concepto de gastos de administración no corresponden al afiliado y no se destinan a la financiación de la pensión de vejez; que ordenar el traslado de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa, ya que COLPENSIONES no ha administrado la cuenta individual; que la AFP ha generado la rentabilidad exigida por la Superintendencia Financiera de Colombia; que la AFP ha actuado de buena fe, generó rendimientos, y los conceptos descontados ya no se encuentran en su poder; que la indexación es incompatible con la rentabilidad mínima generada en la cuenta de ahorro individual, es decir, que los conceptos de la cuenta de ahorro individual no han sufrido devaluación.

6. Alegatos de conclusión:

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la

actora se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia.

9. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por OLD MUTUAL S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARY CRISTINA NEIRA TORRES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 25 de abril de 1983, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 4); que el 24 de mayo de 1994 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 15), posteriormente se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A. el 17 de junio de 2011, tal como se observa en el formulario de afiliación (fol. 55), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fols. 56 a 65).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir

puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivocan las AFP en su defensa al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por circunstancias atinentes a la formación académica del afiliado o su nivel profesional.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar que, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se

entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada del traslado prístino como consecuencia de la falta en el deber de información en que incurrió COLFONDOS S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el paso al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y compresible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS, debiendo en consecuencia, quedar sin efecto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con

solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de OLD MUTUAL S.A, y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico por OLD MUTUAL S.A.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, se tiene que la condena se hizo extensiva a COLFONDOS S.A.; no obstante, frente a esta entidad, no engloba los conceptos de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, pues si bien se hizo referencia en la parte motiva, no se incluyó de manera expresa en la parte resolutiva de la sentencia, por ende, habrá de adicionarse tal concepto.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Finalmente, frente a la indexación de los conceptos ordenados por la a quo, baste con decir que sobre el tópico la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3321 de 2021 ha ordenado su procedencia por cuanto los dineros descontados de los aportes se ven menguados por el paso del tiempo, siendo procedente su actualización al momento en que la AFP proceda a cumplir la orden judicial e ingresen en los haberes de COLPENSIONES, sin que tal indexación guarde relación con la rentabilidad mínima de los aportes de la cuenta de ahorro individual, ya que uno y otro concepto es diferente.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de OLD MUTUAL S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

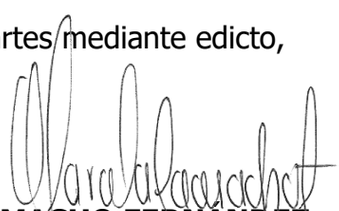
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral CUARTO de la sentencia proferida el 16 de junio del 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra**, las cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de OLD MUTUAL S.A. Las de primera, se confirman.

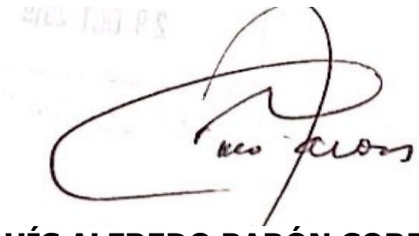
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

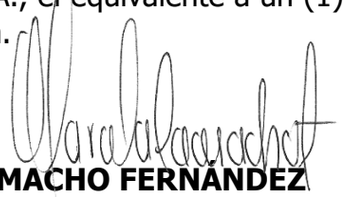


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de OLD MUTUAL S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MARIO RINCON SALAZAR Y OTROS***
DEMANDADO: ***FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA***
RADICACIÓN: ***110013105-017-2018-00151-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN***
TEMA: ***PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Los señores MARIO RINCON SALAZAR, OSWALDO MENDOZA MARRUGO, MISAEL ANTONIO FACUNDO, DOMINGO RODRIGUEZ DIAZ, y BENJAMIN REYES a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, a reconocer y pagar a su favor la pensional de vejez convencional del Artículo 11 de la Convención Colectiva, con los respectivos reajustes anuales pertinentes; el retroactivo pensional por las diferencias pensionales, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico común de sus pretensiones señalaron que laboraron para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de trabajadores oficiales, y en los siguientes lapsos:

No	NOMBRE	TERMINA CONTRATO	ÚLTIMO SALARIO	PENSION DE JUBILACIÓN	PENSION PLENA DE JUBILACIÓN
1	MARIO RINCON SALAZAR	28/11/1991	$221.215,78	28/11/1991 58% del último salario	11/10/2000 75% último salario $846.072,18
2	OSWALDO MENDOZA MARRUGO	30/05/1991	$264.020,61	30/05/1991 56% del último salario	01/10/2003 75% último salario $1.267.999,77
3	MISAEL ANTONIO FACUNDO	26/04/1991	$102.655,77	26/04/1991 58% del último salario	23/05/1998 75% último salario $308.097,93

4	DOMINGO RODRIGUEZ DIAZ	28/11/1991	$123.276,43	28/11/1991 60% del último salario	30/01/1997 75% último salario $314.308,35
5	BENJAMIN REYES	30/05/1991	$128.877,16	30/05/1991 60% del último salario	21/01/1998 75% último salario $387.021

Que al retirarse en 1991 ya habían consolidado la antigüedad necesaria para el derecho a la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo undécimo de la Convención Colectiva de trabajo de 1978 solo que para empezar el disfrute de dicho precepto debían arribar a los 60 años, con el cual su pensión seria del 80% del último salario. (Fols. 11 a 21 archivo No 2018-151 Exp. Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 36 Archivo No 2018-151 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que desde su retiro se le reconoció y pago una pensión proporcional de jubilación de que trata el artículo 7° del Decreto 895 de 1991 y el Decreto 1651 del mismo año, y cuando cumplieron los 50 años se les reajustó la misma al 75 %, con los reajustes anuales, entre el momento del retiro y el disfrute efectivo de la pensión, sin que en ningún lapso el salario de liquidación haya sufrido ninguna desactualización o devaluación monetaria. Asimismo que no hay lugar a aplicar la pensión de vejez convencional ya que las normas convencionales aludidas no le son aplicables, por cuanto no estaban vigentes, ya que para la fecha de retiro son aplicables para el reconocimiento de la pensión los decretos de liquidación de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Decreto 895 y 1651 de 1991). Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, y compensación (Fols. 38 y 55 Archivo No 1 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido propuestas por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, absolviendo a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones, y gravando en costas procesales a los demandantes (Fols. 174 y 175 Archivo No 2018-151 Exp. Digital, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que si bien es cierto la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1978, en cuyo artículo 11 establece la pensión de vejez convencional con el cumplimiento de 15 años de servicios y 60 años de edad, tal disposición solo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1979, además que el acuerdo convencional estipula que tendrán derecho a la prestación quienes "se encuentren vinculados en la actualidad", lo que significa que para causar el derecho pensional reclamado debían los actores no solo acreditar los 15 años de servicios sino también los 60 años de edad, hasta el 31 de diciembre de 1979.

Que en gracia de discusión, la fecha límite para acreditar ambos requisitos debía ser hasta el año de 1991, fecha en la que se extinguió de manera definitiva los

Ferrocarriles Nacionales de Colombia, anualidad en que ninguno de los actores arribaba a los 60 años, pues contaban con 40 y 41 años de edad respectivamente.

Que sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en su Sala de Descongestión (SL1535-2020 y SL3063-2020) se ha pronunciado sobre el alcance de la referida clausula convencional, estableciendo que solo son merecedores de la pensión establecida en el artículo 11 de la Convención Colectiva, quienes cumplieran el tiempo de servicios y edad durante la vigencia del vínculo laboral con la empresa, siendo improcedente aplicar la teoría de que la edad no es un requisito de causación, ya que la misma norma convencional estableció que tendría derecho a aquella pensión quienes estén vinculados en la empresa.

Estableció también que la Convención Colectiva que requieren sea aplicada ya no estaba vigente para la fecha en que cumplieron los 60 años de edad cada uno de los demandantes.

Finalmente, condenó en costas a los demandantes.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por **demandante,** quien manifiesta que la convención colectiva está por encima de ley sustancial; que en el proceso se logró acreditar las convenciones subsiguientes a 1978, esto es, hasta la que tuvo vigencia en el año 1992, fecha en la que se extinguió los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, razón por la que, no es cierto que la disposición convencional que requiere sea aplicada haya tenido vigencia solo hasta diciembre de 1979; que el Tribunal debe dar un giro a la doctrina jurisprudencial en la medida en que todos los derechos pensionales de los trabajadores ferroviarios se causan con un tiempo de servicios y la edad, pero este último requisito debe tenerse como un requisito de exigibilidad y no de causación, lo que lleva a que, una vez acreditado los más de 15 años al momento del retiro de la entidad demandada en el año de 1991, una vez acrediten la edad de 60 años con posterioridad, les sea aplicado el artículo 11 de la citada Convención Colectiva, reconociendo la prestación en un 80% de su último salario.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal las partes no presentaron alegatos de segunda instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Les asiste derecho a los demandantes a que les sea reconocida la pensión de vejez convencional consagrada en el Artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo que regía en la entidad demandada?

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

No es objeto de discusión los siguientes presupuestos facticos en relación con cada uno de los demandantes (Fol. Historia laboral de c/u- Exp. Digital):

No	NOMBRE	INICIA CONTRATO	TERMINA CONTRATO	CUMPLIMIENTO DE LOS 60 AÑOS	PENSION DE JUBILACIÓN	PENSION PLENA DE JUBILACIÓN
1	MARIO RINCON SALAZAR	06/10/1975	28/11/1991	11/10/2010	28/11/1991 58% del último salario	11/10/2000 75% último salario $846.072,18
2	OSWALDO MENDOZA MARRUGO	04/11/1973	30/05/1991	25/01/2012	30/05/1991 56% del último salario	25/01/2002 75% último salario $607.382,47
3	MISAEL ANTONIO FACUNDO	03/12/1973	26/04/1991	22/05/2008	26/04/1991 58% del último salario	23/05/1998 75% último salario $308.097,93
4	DOMINGO RODRIGUEZ DIAZ	05/05/1974	28/11/1991	29/01/2007	28/11/1991 60% del último salario	30/01/1997 75% último salario $314.308,35
5	BENJAMIN REYES	08/10/1973	30/05/1991	20/01/2008	30/05/1991 60% del último salario	21/01/1998 75% último salario $387.021

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos facticos y jurídicos en la que se plantea todo lo pregonado a la procedencia de la pensión de vejez convencional del artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Sindicato Único Nacional de Trabajadores Ferroviarios, cuyo texto es el siguiente:

> *"PENSIÓN DE VEJEZ. - Los trabajadores que hayan prestado el servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público y tengan la máxima edad de sesenta (60) años, tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez, en cuantía directamente proporcional al tiempo servido, respecto a lo que habría correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para la pensión plena de jubilación.*
>
> *Este punto cobija al personal vinculado en la actualidad con contrato individual de trabajo, entendiéndose que, si el tiempo prestado es exclusivamente a Ferrocarriles, la proporcionalidad es al 80% y si el servicio es con varias entidades, al 75%" (Fol. 90 archivo 2018-151 Exp. Digital)*

Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL2289 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL1535-2020, providencias en las que de manera general se trasluce la improsperidad de las pretensiones aquí reclamadas.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

> *"En este orden, esta Sala como ya lo precisó en la providencia CSJ SL1535-2020, cuando decidió un caso de contornos similares contra la misma entidad y siguiendo las reglas fijadas por la Corte, tal como se dijo en esa oportunidad, no advierte un dislate en el entendimiento que hizo el Tribunal de la citada cláusula, menos con el carácter de ostensible. Por el contrario, la Corte estima que se trata de una apreciación razonable y plausible, teniendo en cuenta que la misma se refiere expresamente a los «trabajadores» que cumplan un*

> *mínimo de 15 años de servicios a la empresa y a entidades públicas y 60 años de edad. Además, el texto convencional consagra que tal prerrogativa pensional «cobija al personal vinculado en la actualidad con contrato individual de trabajo».*
>
> *En ese orden, es claro que todas estas expresiones de manera razonable permiten entender que el cumplimiento de la edad, en este caso particular, debía acontecer cuando se tuviera la calidad de trabajador, esto es, durante la vigencia del vínculo laboral".*

Ahora, frente a la censura relacionada con que el requisito de la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación, ciertamente aquella postura es aplicable en eventos de pensión sanción, o cuando de las clausulas convencionales así se logre extraer; no obstante, en el asunto particular ello no acontece, ya que el texto convencional no está referido a ex trabajadores, ni mucho menos extendió sus efectos más allá de su vigencia (SL2289-2021).

Igualmente, en la sentencia SL2289-2021 toca en particular ese punto y expresa:

> *"Tampoco le asiste razón al recurrente al aducir que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación, porque tratándose de pensiones extralegales tal circunstancia dependerá de lo que las partes, en ejercicio del derecho de negociación colectiva y la autonomía de contratación, hayan acordado, sin que pueda entenderse razonablemente que la cláusula que fundamenta el derecho aquí reclamado, como quedó visto, haya previsto que la edad constituyera un requisito de mera exigibilidad. Incluso, por regla general, deben satisfacerse ambos requisitos para el nacimiento del derecho"*

Así las cosas, descendiendo al sub examine precisa la Sala que es equivocada la postura de la parte activa, dado que de ninguna manera cabría la posibilidad jurídica de darle entendimiento distinto a la cláusula convencional que requiere sea aplicada, máxime cuando la postura sobre este tema ha sido pacifico en el órgano de cierre, a saber, sentencias SL1021-2020, SL1535-2020, SL3063-2020, SL1428-2021, SL2257-2021, y SL2289-2021.

En ese orden, como quiera que en los cinco demandantes el requisito de la edad de 60 años se viene a acreditar en los años 2007, 2008, 2010 y 2012, esto es, con posterioridad a la fecha de retiro de la entidad demandada que aconteció en el año de 1991, no hay lugar a darle prosperidad a las pretensiones incoadas en la demanda, resultando vano hacer cualquier disquisición respecto a la vigencia de la convención colectiva de 1979, pues en todo caso, asumiendo que el requisito de los 60 años debía cumplirlo en vigencia de la relación laboral, ha de decirse que para el año de 1991, ninguno contaba con tal presupuesto.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado la que con acierto desestimó las suplicas elevadas por los actores e impartió absolución a la entidad demandada.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de los demandantes y a favor de la parte demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de los demandantes. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a cargo de cada uno de los demandantes, el equivalente a 1/10 del SMMLV, esto es, la suma de $ 90.852,6, a cargo de cada uno.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLANDO FORERO CRISTANCHO.
Demandado: ECOPETROL S.A.
Radicación: 1100131050-026-2018-00381-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Orlando Forero Cristancho, instauró demanda ordinaria contra la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol S.A., con el propósito de que declare el reconocimiento y pago de la mesada catorce desde el 01 de octubre de 2008, fecha de causación de la pensión de jubilación y sucesivamente, conforme al Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y sus providencias complementarias y el artículo 109 y 113 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009 y 2009-2014, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ECOPETROL S.A., le reconoció la pensión de jubilación desde el 01 de octubre de 2008, en cuantía inicial de $3.187.680, bajo trece mesadas anuales; que ECOPETROL S.A. no reconoció la pensión conforme lo señalado en la Convención Colectiva de Trabajo Plan 70; que el Laudo Arbitral complementario de fecha 23 de julio de 2004 proferido por el Tribunal de Arbitramento Voluntario Ecopetrol – USO 2004, numeral 2.2.1 reconoce la pensión de jubilación y las mesadas adicionales entre ella la mesada 14; que ECOPETROL S.A. no ha dado cumplimiento a lo establecido en el Laudo Arbitral y a la Convención Colectiva referente al reconocimiento de la mesada 14; que el 13 de febrero de 2018 radicó reclamación administrativa, sin que a la fecha se profiera respuesta de fondo. (fols. 2 a 10)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 105); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de ECOPETROL S.A. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no tienen fundamento fáctico ni jurídico, además no les asiste derecho a la mesada 14 pretendida, ya que conforme las

disposiciones legales vigentes, entre estas el Acto Legislativo 01 de 2005, no se hace merecedor de tal reconocimiento, y mucho menos le asiste derecho al reconocimiento de intereses moratorios. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y compensación. (fols. 109 a 122)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de abril del 2021, en la que el Juzgador absolvió a ECOPETROL S.A. de las pretensiones incoadas por los demandantes, condenando en costas al demandante. (Fols. 1 a 2 Con Audiencia Virtual)

Como sustento de la decisión consideró que estaba por fuera de discusión la calidad de pensionado por jubilación convencional por parte de ECOPETROL S.A. a partir del 01 de octubre de 2008, con una mesada pensional de $ 3.187.687, siendo el problema jurídico determinar si le asiste derecho a la mesada 14.

Manifestó que al proceso no se allegó el Laudo Arbitral a que hace alusión en la demanda como sustentó de las pretensiones, y que tampoco se allegaron las convenciones colectivas con depósito; no obstante, para definir de fondo la litis hizo alusión al Acto Legislativo 01 de 2005, y concluyó que no había lugar a causar la mesada 14, ello debido a que su prestación era superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008, también porque la pensión se causó con posterioridad al 22 de julio de 2005, es decir, en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005. Asimismo, dijo que la Convención Colectiva allegada sin depósito, en ninguno de sus apartes establece que se reconocerá la pensión plan 70 bajo 14 mesadas anuales, razón por la que, sobre tal derecho debía estarse a lo que determina el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que la disposición convencional allegada solo establece los requisitos para causar la pensión de jubilación plan 70, pero no hace referencia a la mesada 14, y a pesar de que en el artículo 113 establece que los nuevos trabajadores que se vinculen se pensionarán bajo las leyes vigentes sobre la materia, ello no significa que quienes hayan estado vinculados con anterioridad y obtengan la pensión de jubilación plan 70 deban disfrutar la misma bajo 14 mesadas sin tener en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

6. Impugnación y límites del ad quem. El apoderado judicial de la **parte actora** inconforme con la decisión formuló recurso de apelación argumentando que respecto a las pruebas documentales consistentes al Laudo Arbitral y las Convenciones Colectivas se había insistido al despacho que procediera a oficiar a ECOPETROL para que las arrime al proceso, ya que no estaban en poder del demandante, pero tal solicitud no fue tenida en cuenta, y a pesar de eso, se logró obtener algunos ejemplares y se enviaron por correo certificado al despacho; que en lo que respecta al fondo del asunto el Acto Legislativo 01 de 2005 fijo límites temporales a los beneficios pensionales convencionales, pero a partir de julio de 2010, siendo que la pensión del demandante se causó en el año 2008; que para la fecha en que se pensionó el actor estaba plenamente vigente la convención colectiva y se venía prorrogando, con protección de los derechos adquiridos, entre estos la mesada 14 para quienes se pensiones bajo el Plan 70 de la citada convención colectiva; que el Acto Legislativo 01 de 2005 no abolió las convenciones colectivas y por ende al haberse pensionado bajo los requisitos exigidos en la convención colectiva, debía respetarse sus derechos adquiridos; que en lo respectivo a ECOPETROL hace parte del régimen exceptuado en el sistema general de pensiones, por lo tanto, debía respetarse el reconocimiento pensional bajo la convención colectiva. En síntesis solicitó que se revoque la decisión

de instancia y se conceda la mesada catorce por no estar afectada por lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, además de ser un derecho de carácter convencional causado con anterioridad al 31 de julio de 2010.

7. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la entidad demandada solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que no es procedente el reconocimiento de la mesada catorce, ya que la misma se encuentra afecta por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer ¿Hay lugar a reconocer la mesada 14 de la pensión de jubilación convencional que actualmente disfruta el actor, pese a la promulgación del Acto Legislativo 01 que entró a regir el 25 de julio de 2005?

Pensión de jubilación convencional

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que el actor es pensionado ECOPETROL S.A., quien le reconoció la pensión convencional desde el 01 de octubre de 2008, en cuantía inicial de $3.187.680 (Fol. 12 a 13).

Como se dejó sentado las pretensiones del actor se orientan a obtener el reconocimiento de la mesada 14 de la Pensión de Jubilación Convencional, con fundamento en que debe respetarse lo dispuesto en el Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2003 y sus providencias complementarias y el artículo 109 y 113 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009 y 2009-2014, fundantes de la pensión de jubilación reconocida, aduciendo que como quiera que el Acto Legislativo 01 de 2005 hizo perder vigencia a disposiciones convencionales a partir del 31 de julio de 2010, su derecho reclamado no se encuentra afectado pues causó la prestación en el año 2008, y aunado a lo anterior, deben respetarse los derechos adquiridos reconocidos de manera convencional.

De manera previa la Sala encuentra que la inconformidad planteada en relación con el tema probatorio referido a la insistencia para que el despacho de primera instancia oficiara a ECOPETROL S.A. a efecto de que allegara las respectivas Convenciones Colectivas y Laudo Arbitral, resulta ser inoportuna en el recurso de alzada, ya que olvida el profesional del derecho que aquella manifestación la debía realizar en la etapa del decreto de pruebas, y ante la negativa del a quo lo procedente es controvertir la decisión a través de los recursos legales que le habilita el Código Instrumental del Trabajo en su artículo 65, numeral 4, y no ahora mediante el recurso de apelación pretendiendo revivir etapas evacuadas.

En gracia de discusión, el tema aquí planteado es eminentemente jurídico respecto a la incidencia que tiene el Acto Legislativo 01 de 2005 frente a la pensión de jubilación convencional reconocida al actor, dejando por sentado, y sin que sea materia de disenso por el recurrente, que la cláusula convencional con la que se reconoció el derecho no contiene de **manera expresa** que la pensión se reconocerá bajo 14

mesadas, y en ese sentido, se itera el fondo del litigio se resuelve acudiendo a la correcta interpretación que sobre el Acto Legislativo 01 de 2005 ha efectuado por la Corte Suprema de Justicia; dicho de otra manera, se establecerá sí en las pensiones de carácter convencional con la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 se afecta la mesada catorce.

Es así que, para mejor proveer se colaciona, al análisis del caso, la sentencia SL2999-2018, que reitera la SL706-2018, en la que examinó una situación fáctica y jurídica similar al caso puesto en consideración por esta Sala, consistente en establecer si al pensionado de jubilación convencional por ECOPETROL S.A. le asiste derecho a la mesada catorce con el advenimiento del Acto Legislativo 01 de 2005.

De manera concluyente la Corte sostiene:

> *"En ese orden, si la convención colectiva de la cual surgió el derecho pensional del actor no establecía la posibilidad de acceder a la mesada adicional de junio, era perfectamente válido que el ad quem auscultara la norma de seguridad social a fin de verificar la posibilidad de otorgar al demandante el derecho reclamado.*
>
> *No obstante la equivocación jurídica del sentenciador de segunda instancia, que hace que el cargo sea fundado,* ***lo cierto es que el desvío hermenéutico en últimas no tuvo incidencia en el sentido de la decisión, porque al instalarse la Corte en sede de instancia arribaría a su misma conclusión, toda vez que la fecha en que se consolidó la pensión de jubilación convencional del promotor del litigio fue el 30 de noviembre de 2009 -hecho que no es materia de discusión- esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.° 01 de 22 de julio 2005, que empezó a regir, el 25 de ese mismo mes y año, fecha en la cual se publicó en el diario oficial n.° 45.980.***
>
> ***En tales condiciones, no le asistía derecho al demandante a percibir la mesada adicional de junio que persigue, pues tal beneficio fue anulado para las personas cuyo derecho a la pensión se causó a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, tal como ocurrió en el sub judice.*** *(Negrillas fuera del texto)*

Igualmente sobre el mismo tópico contra la misma entidad encartada puede consultarse la SL3152-2018, SL4861-2018 y SL940-2020, en la que sostienen la negativa de reconocer la mesada catorce por haberse causado la prestación en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En tales condiciones, ningún yerro jurídico puede endilgarse al a quo ya que le es aplicable el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005- y, como quiera que la prestación fue causada con posterioridad al 25 de julio de 2005 (01 de octubre de 2008) y la cuantía de la prestación fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales ($3.187.680), supuestos fácticos no controvertidos, en realidad no le asistía derecho a la mesada adicional de junio.

Dicho lo anterior, resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, que con acierto impartió absolución a la entidad demandada.

Costas

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de ECOPETROL S.A., por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de abril del 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de ECOPETROL S.A. y a cargo del demandante. De las de primera, se confirman.

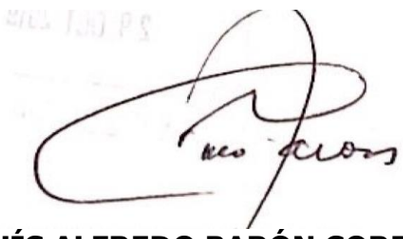
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

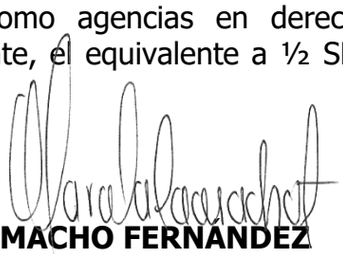


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de ECOPETROL S.A. y a cargo del demandante, el equivalente a ½ SMLMV, esto es, $ 454.263.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ISABEL CRISTINA VERGARA DIAZ GRANADOS***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-014-2019-00781-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora ISABEL CRISTINA VERGARA DIAZ GRANADOS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez desde el 23 de mayo de 2012 más las mesadas adicionales e incrementos legales, los intereses moratorios, la indexación, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 23 de mayo de 2012 solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES, quien le negó mediante resolución GNR004456 del 24 de enero de 2013, por no cumplir con la densidad de semanas exigidas por la ley 797 de 2003; que interpuso recurso de reposición y apelación, el primero fue desatado a través de resolución No 195385 del 29 de julio de 2013 confirmando la negativa pensional, y el segundo, fue resuelto a través de resolución GNR270224 del 29 de julio de 2014 reconociendo la pensión de vejez bajo los lineamientos del Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de $ 1.923.454, a partir del 01 de agosto de 2014; que el 29 de agosto de 2014 presentó solicitud del retroactivo pensional desde mayo de 2012 hasta agosto de 2014, el cual fue resuelto a través de resolución GNR406498 del 21 de noviembre de 2014 indicando la improcedencia del retroactivo solicitado; que mediante resolución VPB3498 del 27 de enero de 2017 resolvió un recurso de apelación que estaba pendiente, precisando que le asistía derecho a la reliquidación, pero que no era posible acceder al retroactivo pensional en virtud de la última cotización realizada. (Fols. 49 a 55 Archivo No 001 Exp. Dig)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 63 Archivo No 001 Exp. Dig); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, la pensión de vejez fue reconocida desde su última cotización que lo fue en el periodo de agosto de 2014, además que las semanas adicionales que se cotizaron fueron tenidas en cuenta para el incremento en la tasa de reemplazo, lo que lleva también a pregonar la improsperidad de los intereses moratorios e indexación solicitada. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, imposibilidad de condena en costas, no configuración de intereses moratorios, y la genérica (pág. 1 a 11 Archivo No 003 Exp. Dig)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que la demandante causó el derecho pensional a partir del 23 de mayo de 2012; declaró que no le asiste derecho al retroactivo pensional desde el 23 de mayo de 2012, absolviendo a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, absteniéndose de gravar en costas procesales (fls. 1 a 3 Archivo No 15, Exp. Dig- con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión que la actora es pensionada, con aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable el Decreto 758 de 1990, tal como se encuentra establecido en la resolución GNR270224 del 29 de julio de 2014, siendo el problema jurídico establecer si le asiste derecho al reconocimiento del retroactivo pensional desde el 23 de mayo de 2012 hasta agosto de 2014, fecha a partir de la cual comenzó a reconocer la pensión de vejez COLPENSIONES.

Con fundamento en el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, y lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras la SL4335 de 2021, infirió que en efecto se configuró la inducción en error por parte de COLPENSIONES, ya que la actora elevó la solicitud pensional el 23 de mayo de 2012 y le fue negada mediante resolución GNR004456 del 24 de enero de 2013 al no contar con el mínimo de semanas que exige la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, a pesar que para esa calenda contaba con 1.093 semanas y 55 años de edad, según lo estableció la misma entidad de seguridad social en el citado acto administrativo.

Que esa negativa pensional llevó a la demandante a seguir cotizando entre octubre de 2013 hasta agosto de 2014, un total de 47.15 semanas, y sobre IBC superior a los $2.500.000.

Que de conformidad con la historia laboral de cotizaciones se reporta 1.153,57 semanas hasta agosto de 2014, y para el 30 de abril de 2012 un total de 1.106,42.

En ese orden, consideró que si bien es cierto se presentó la inducción en error, lo cierto es que, los aportes realizados entre octubre de 2013 y agosto de 2014, fueron tenidos en cuenta por COLPENSIONES al expedir la resolución GNR270224 del 29 de julio de 2014 que reconoció el derecho pensional, así como la resolución VPB3498 del 27 de enero de 2017 con el cual reliquidó el monto pensional, lo que hace improcedente el reconocimiento del retroactivo, ya que si se liquida la pensión al 30 de abril de 2012 su tasa de reemplazo solo sería del 81 % (1.106,42 semanas),

mientras que con las cotizaciones posteriores a la inducción en error ascendió al 84% (1.153 semanas).

Frente al IBL llegó a la misma conclusión, dado que al hacer el cálculo con las cotizaciones reflejadas con anterioridad al 30 de abril de 2012, le arroja una mesada pensional de $ 1.752.555, y si para esa fecha se deflacta la pensión que otorgó COLPENSIONES en el año 2014 de $ 1.923.485,74, correspondería a $ 1.841.937, es decir, que las cotizaciones posteriores de octubre de 2013 hasta agosto de 2014 resultan ser significativas para consolidar una mesada pensional superior a la que le hubiere correspondido en el evento de no haber seguido cotizando, y a pesar de que se encuentra demostrado la inducción en error, precisó que no hay lugar a reconocer el retroactivo, ya que ello significaría otorgarle el status de pensionada desde mayo de 2012 en perjuicio de su mesada pensional de carácter vitalicio.

Finalmente, dada las resueltas del proceso se abstuvo de impartir condena en costas a la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. La apoderada judicial de la parte actora presentó recurso de alzada argumentando que se ratifica en los argumentos presentados en los alegatos de conclusión, insistiendo en que la prestación se consolidó el 30 de abril de 2012, y que con posterioridad el 23 de mayo del mismo año procedió a solicitar la pensión de vejez, pero que ante la negativa de COLPENSIONES se la indujo en error y continuó cotizando, imponiéndole una carga desproporcionada; que si bien es cierto aumentó el IBL con las cotizaciones posteriores al año 2013, tales cotizaciones fueron por la inducción en error, por lo que solicita se conceda el retroactivo, teniendo en cuenta además el principio de favorabilidad y los lineamientos jurisprudenciales esbozados sobre este tema.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primer grado, dado que la entidad procedió a liquidar la pensión de vejez en debida forma, no adeudándole ningún concepto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 23 de mayo de 2012 hasta el 30 de julio de 2014? En caso afirmativo (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación?

CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSION

No es objeto de controversia que la actora solicitó la pensión de vejez el 23 de mayo de 2012, siendo negada mediante resolución GNR004456 del 24 de enero de 2013 (Fol. 5 a 9 Archivo No 001 Exp. Dig); que mediante resolución GNR270224 del 29 de julio de 2014 COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez bajo el régimen de transición del acuerdo 049 de 1990, en cuantía de $ 1.923.454 a partir del 01 de agosto de 2014,

esto es, desde la última cotización (Fols. 12 a 19 Archivo No 001 Exp. Dig); que mediante resolución VPB3498 del 27 de enero de 2017 COLPENSIONES reliquidó la mesada pensional en valor de $1.923.486 a partir del 01 de agosto de 2014, negando en esa oportunidad el retroactivo pensional con fundamento en que la prestación se reconoció al día siguiente de su última cotización (Fols. 33 a 38 Archivo No 001 Exp. Dig); Finalmente, que de conformidad con la historia laboral actualizada al 10 de diciembre de 2020 reporta 1.153 semanas cotizadas en toda su vida laboral desde el 20 de abril de 1982 hasta el 31 de agosto de 2014 (Fols. 1 a 3 Exp. Administrativo), con lo cual, el objeto de controversia radica en que el disfrute de la pensión de vejez según la actora debe serlo desde el 23 de mayo de 2012, fecha en la cual elevó la solicitud pensional por contar para esa fecha con los requisitos para causar el derecho pensional.

Así las cosas, en primer término, debe revisarse el contenido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en punto a que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por aquella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, disposición que se acompasa con lo establecido en el artículo 35 *ibídem*, y que resulta aplicable por disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que no es necesaria la desafiliación expresa o novedad de retiro para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y en ese orden se trae como referente la sentencia SL5603-2016, propalada en la sentencia SL11895-2017 y SL1302-2021, el cual refiere:

> *"En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia"*

Igualmente, desde sentencia de radicación No 38776 de 2011, reiterada en la SL8497-2014, se venía adoctrinando que:

> *No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.*

En el caso de marras, debe tenerse en cuenta que, para la fecha en que la actora elevó la reclamación pensional (23 de mayo de 2012) contaba con más de las 1.000 semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990, incluso de la misma resolución GNR004456 del 24 de enero de 2013 se constata que cumplía 1.093 semanas, y a pesar de eso, de manera equivoca COLPENSIONES decide negar la prestación al exigirle el cumplimiento de las semanas que establece la Ley 797 de 2003, sin detenerse a realizar el estudio de la prestación con el régimen de transición, lo que en efecto constituye la configuración de la inducción en error, ya que le quedaba a la actora la opción se seguir cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva, y al

verificar la historia laboral se otea que dejó de cotizar el 30 de abril de 2012, y activó nuevamente sus cotizaciones en el mes de octubre del año 2013, es decir, a consecuencia de la negativa pensional por parte de COLPENSIONES.

Siendo ello así, en línea de principio habría lugar al retroactivo solicitado; no obstante, considera la Sala que le asiste razón a los discurrimientos que hiciere la cognoscente de instancia sobre el particular, dado que no puede desconocer la Judicatura que las cotizaciones realizadas desde octubre de 2013 hasta agosto de 2014 fueron con un IBC significativo por encima de los $2.500.000, lo que representó un aumento considerable en el cálculo de la mesada pensional que liquidare COLPENSIONES en la resolución VPB3498 del 27 de enero de 2017, ascendiendo a $1.923.486, a partir del 01 de agosto de 2014.

Debe precisarse en este aspecto que en materia de cálculo del IBL se tiene en cuenta hasta la última semana cotizada, conforme lo previene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; empero, tal regla permite la excepción en los eventos en que se configura la inducción en error, en la cual, se entiende que las cotizaciones realizadas con posterioridad no son válidas ya que "redundan en perjuicio del asegurado" (SL3235-2019), situación que generalmente se presenta cuando se hacen cotizaciones sobre un salario mínimo, lo que no acontece en el sub examine, ya que las cotizaciones realizadas con posterioridad a la inducción en error fueron significativas y llevan a incrementar en una diferencia que oscila entre los $80.000 por cada mesada pensional, luego de haberse reconocido la prestación con corte al 30 de abril de 2012 se estaría perjudicando los intereses de la actora, no solo por el cálculo del IBL, sino también por la tasa de reemplazo aplicable, ya que para el mes de abril de 2012 logra acreditar 1.106,42, que de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 le correspondería el 81 % del IBL, mientras que con las cotizaciones realizadas entre octubre de 2013 y agosto de 2014, logró aumentar al 84 % del IBL, tesituras que llevan a determinar la improsperidad de las pretensiones.

Otra de las razones por las que no sería procedente el disfrute desde mayo del 2012, consiste en que al configurarse la calidad de pensionado desde esa calenda, las cotizaciones realizadas con posterioridad no serían válidas, pues de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990, entraría a ser una afiliación excluida del sistema general de pensiones, y la consecuencia es la devolución de tales aportes, tal como lo consagra el parágrafo de la citada disposición normativa, a saber: *"Salvo el caso de afiliación fraudulenta, los afiliados que exceptuados expresamente por este artículo, cotizaren para los riesgos respecto de los cuales se encontraren exonerados, tendrán derecho a la devolución de los aportes patrono - laborales de conformidad con el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción",* aspecto que afectaría los derechos de la actora, ya que se itera, con las cotizaciones realizadas con posterioridad a la inducción en error fue que logró aumentar su quantum pensional, tanto en el IBL como en su tasa de reemplazo.

Igualmente, tampoco sería correcto deflactar el valor de la mesada pensional reconocida a partir de agosto de 2014 y reconocer el retroactivo desde mayo de 2012 hasta el 31 de julio de 2014, ya que ello sería infringir abiertamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, al darle validez a las semanas cotizadas desde el mes de octubre de 2013 hasta agosto de 2014, pero desconociendo que para el mes de abril de 2012 solo contaba con 1.106 semanas, cuya tasa de reemplazo solo alcanza a ser del 81 %, además que el IBL se liquidaría hasta la última semana cotizada (julio de 2014), pero con efectos desde el 1 de mayo de 2012, algo que es absolutamente

contrario a las disposiciones legales y al criterio jurisprudencial vertido sobre la materia.

Finalmente, resulta vano hacer nuevamente la liquidación del IBL, no solo porque ninguna censura se presenta en relación con su monto, sino porque en efecto da cuenta la Sala que en los últimos 10 años su IBC era de un aproximado de $1.500.000 hasta $1.700.000, y del 1 de octubre de 2013 hasta agosto de 2014, lo fue con IBC de $2.800.000 y $3.120.000.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

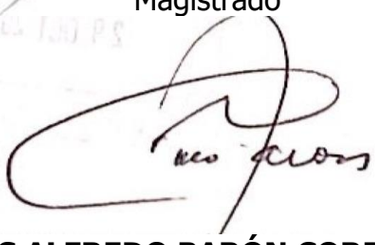
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MARINA PEREZ GARCIA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-024-2019-00755-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ MARINA PEREZ GARCIA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde octubre de 1988; que se trasladó a PORVENIR S.A. en agosto de 1994; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el valor de su mesada pensional en el RAIS sería de $828.116, mientras que en COLPENSIONES sería superior a $3.000.000 y, finalmente, que solicitó tanto a PORVENIR S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 1 a 9).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 164); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la actora al RAIS fue de manera libre y voluntaria

ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, al contrario lo que se evidencia es la negligencia de la demandante en consultar sobre su situación pensional, además que la actora se encuentra en la prohibición legal de retorno al régimen de prima media con prestación definida. Como excepciones de mérito rotuló las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema conforme el Acto Legislativo 01 de 2005, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (Fols. 75 a 87).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad del acto juicio de traslado de régimen pensional; asimismo que se cumplió con el deber de información exigible para la fecha del traslado, además no se logra observar soporte alguno de la existencia del error, fuerza o dolo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fols. 90 a 99).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES que acepte la trasferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante. Condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen, máxime cuando ni siquiera se aportó el formulario de vinculación por parte de la AFP, siendo este un requisito esencial para verificar el traslado de régimen conforme lo establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, incluyendo la comisión de administración y comisiones debidamente indexados.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

5.1 COLPENSIONES: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que la decisión del a quo se basó en que no se allegó el formulario de vinculación; sin embargo, la actora en el interrogatorio de parte dio cuenta de que firmó el formulario de afiliación, y además que recibió información al momento del traslado, como por ejemplo que sus aportes iban a generar rendimientos, que en caso de fallecimiento iban a ser entregados a sus herederos, así como también que tendría una cuenta de ahorro individual; que su descontento solo lo es por el monto de su mesada pensional, y no porque no haya recibido información; que las reglas de cómo se liquida la pensión en uno y otro régimen no puede servir de óbice para declarar la ineficacia del traslado; que de mantenerse la ineficacia del traslado, se mantenga también la condena a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración y comisiones.

PORVENIR S.A.: Solicita que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, como quiera que al momento del traslado no existía una determinación legal de cómo debía realizar la asesoría, siendo que aquella se agotaba de manera verbal y sin dejar ningún documento soporte; que no existía la obligación de efectuar cuadros comparativos; que existe una omisión de la demandante en no regresar en las oportunidades legales al régimen de prima media con prestación definida; que si bien no se aportó el formulario de vinculación, la actora en el interrogatorio dio cuenta de su existencia, además se encuentra detallado en el documento del SIAFT la fecha del traslado; que con el interrogatorio de demostró la debida información exigible para la fecha del traslado, así como el cumplimiento de la primera etapa de la información exigida; que la inconformidad es con respecto a su mesada pensional y no con la omisión en la información; que la afiliada también tiene intrínseco deberes y obligaciones, siendo que la actora fue negligente en su situación pensional; que el desconocimiento de la ley no es excusa, ya que tuvo la oportunidad legal de trasladarse y no lo hizo; que de mantenerse la condena debe revocarse la decisión de ordenar el traslado de los gastos de administración y comisiones, ya que son conceptos causados y no están en poder de la AFP; que con los gastos de administración se generaron rendimientos, por ende la AFP puede conservar los gastos de administración; que los gastos de administración no pertenecen al afiliado.

6. Alegatos de conclusión:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que el traslado reviste de completa validez; que la AFP no ejerce posición dominante sobre la afiliada; que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el buen consejo y doble asesoría; que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM; que la diferencia en el monto pensional de uno y otro régimen no puede generar la ineficacia del traslado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

DEMANDANTE: Solicita que se confirme la decisión de instancia que declaró la ineficacia del traslado por falta al deber de información.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora LUZ MARINA PEREZ GARCIA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 05 de octubre de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 11); que posteriormente el 25 de julio de 1994 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de agosto de 1994, donde actualmente se encuentra

afiliada, conforme reporte del SIAFP (Fol. 100 vuelto) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 104 a 124).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la

sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PORVENIR S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información. Por lo que, aún sin tener en cuenta que no se aportó el formulario de afiliación, da cuenta la Sala que no se demostró haberse brindado la información cualificada que pregona la Corte Suprema de Justicia, razón que da al traste con la apelación formulada por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PORVENIR S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información

se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se debe confirmarse la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta engloba los conceptos aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es

aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

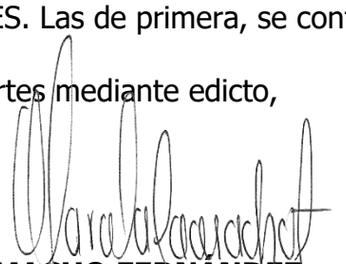
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio del 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

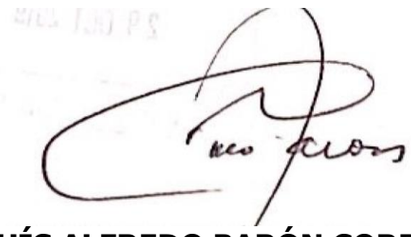
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

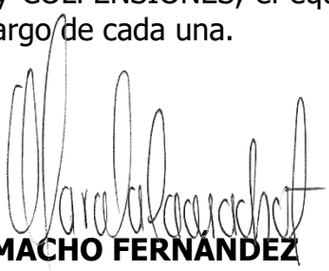


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ
Demandado:	COLPENSIONES, AFPS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN SA. Y COLFONDOS SA.
Radicación:	34-2019-00091-01
Tema:	APELACIÓN - INEFICACIA TRASLADO – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido. En igual sentido, se reconocer personería para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de AFP Protección SA.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Néstor Raúl Rubiano Páez, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y Colfondos SA, Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 31 de octubre de 1995, por lo que para todos los efectos pensionales continúa y se encuentra afiliado al RDPM administrado por Colpensiones. En consecuencia, solicitó se disponga a su favor que los fondos pensionales privados procedan a devolver a Colpensiones, todas las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, junto con las sumas adicionales, saldos con todos su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó para efectos pensionales en el ISS desde los ciclos de enero de 1982 hasta septiembre de 1995, con algunas interrupciones. Cotización que se mantuvo en dicha entidad

hasta el mes de octubre de 1995, ante una campaña de afiliación que realizó la AFP, suscribiendo el formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, administrado por la AFP Porvenir SA.

Refirió que la anterior acción se realizó sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión y que debieron ser suministradas por el citado fondo pensional. Además, indicó que la situación se mantuvo en el momento en que se trasladó a Colfondos SA, Pensiones y Cesantías y AFP Protección SA, pues aquellas tampoco le informaron sobre sus expectativas pensionales, al omitir información sobre las ventajas y desventajas en el cambio de régimen pensional. (fol. 67-75).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 265); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que se está ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Lo anterior, porque el formulario de vinculación que suscribió el actor se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones. Además, indicó que el demandante tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia la obligación de devolver la comisión de administración por falta de causa y genérica. (fol. 107-127).

3.2. Colpensiones. Al dar contestación de la demanda se opuso a las pretensiones de esta argumentando que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, en tanto que la normatividad estableció la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada 5 contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir su derecho pensional, por lo que de cara a la edad que ostenta, ya se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal, máxime cuando no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, conforme a lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010.

Agregó que la afiliación al RAIS se encuentra válidamente al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, de conformidad con el Decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y genérica. (fol. 270-281).

3.3. Colfondos SA, Pensiones y Cesantías. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas aduciendo que, si le brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión

de trasladarse de régimen de pensiones, en la que se le recordó las características de dicho régimen, su funcionamiento, diferencias, ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Indicó que la afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, quedando plasmada claramente en el formulario de afiliación. En su defensa propuso como medios exceptivos las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero. (fol. 291-312).

3.4. AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que le resulta extraño que la nulidad de la afiliación sea alegada solamente después de que la parte demandante presentara una solicitud a inicios del 2019, para retornar al régimen de prima media, pasando más de 22 años desde aquel acontecimiento, durante los cuales, y mientras estuvo afiliada, pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó. Refirió que el contenido del formulario de afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, documento público que se presume auténtico y en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (fol. 343 a 363).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte actora.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, Decreto 720 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, quedó demostrado que la pasiva AFP Porvenir SA ofreció asesoría e información objetiva, suficiente y clara al demandante de su situación pensional y sobre los efectos del traslado que realizó el 31 de octubre de 1995, en armonía a la confesión realizada por el actor en su interrogatorio de parte.

En ese sentido indicó que, dada la confesión que efectuó el actor, se demostraba que tenía conocimiento sobre la forma en cómo funciona el sistema o el régimen del RAIS, evidenciando que se le suministró suficiente información para efectos del traslado, en tanto que conocía los requisitos para pensionarse en el ISS al año 1995, oportunidad en que también le informaron características del RAIS, en especial la forma en cómo se iba a financiar su pensión con los aportes voluntarios y los denominados rendimientos o intereses. Por lo que concluyó que debía absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cd a fol. 373).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación argumentando que las normas iniciales que disponen el deber de información son las existentes en la Ley 100 del 93, misma que van dirigidas a

ilustrar al afiliado de los riesgos y efectos del traslado de régimen, por manera que previo al traslado, el fondo de pensiones accionado debió garantizar que la persona que ha expresado su intención de vincularse o trasladarse a un determinado fondo o régimen pensional, haya comprendido la información que se le ha dado acerca de los beneficios, inconvenientes, ventajas o incluso desventajas o los posibles riesgos y alternativas o hipótesis de sus derechos, para que pueda elegir libremente.

Manifestó que el A quo no tuvo en cuenta el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, al manifestar qué Porvenir le suministró información clara, veraz y suficiente, pues si bien indicó que conocía de algunos beneficios, esta situación nada aportaba en la decisión que llevó a tomar el afiliado al trasladarse, como quiera que no le indicaron cómo podría pensionarse, los riesgos cubiertos en invalidez, vejez y muerte, cuál podría ser el capital que debía ahorrar para acceder a una pensión de vejez en condiciones dignas. Insistió en que no se dio la información debida al momento de la pre afiliación, además que, al no haber suministrado información clara y veraz, confió que su futuro pensional estaría de manera óptima en dichos fondos privados.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. AFP Protección SA. En su escrito indicó que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Sumado a que todos los formularios de afiliación de la entidad que represento cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.

6.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

6.3. Colpensiones. Alegó en su favor que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el día 09 de octubre de 2018 el demandante contaba con 58 años pues nació el 17 de septiembre de 1960, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Además, que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficaciajurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP's PORVENIR – COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A., por no tratarse de un error dirimente

o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el actor se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que tal como lo coligió el Juzgador de primer grado, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Néstor Raúl Rubiano Paez cotizó al ISS entre el 26 de enero de 1982 al 31 de mayo de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 282-283); que el 31 de octubre de 1995 firmó el formulario de afiliación a AFP Porvenir S.A.; posteriormente el 7 de octubre de 2011 se trasladó a Colfondos SA Pensiones y Cesantías; para finalmente el 19 de julio del 2013 trasladarse a la AFP Protección, sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del actor. (fol. 225)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación

de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a entidades financieras, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que el afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable, para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir SA, Colfondos S.A. y AFP Protección SA, como equivocadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Néstor Raúl Rubiano Páez** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

No siendo suficiente con que aquel haya declarado en su interrogatorio de parte que conocía de algunas de las condiciones y características del régimen al señalar que

los aportes pensionales y sus rendimientos iban enrutados a una cuenta de ahorro individual, que al realizar aportes voluntarios podía pensionar a cualquier edad, que conocía del bono pensional o a lo sumo al estudiar qué AFP le brindaba mejores rendimientos, para efectos de realizar traslados entre ellas; pues tales aseveraciones nada demuestran en torno al conocimiento que pudo tener la accionante sobre el RAIS, y contrario a ello, lo que sí denota es que tenía discernimiento sobre las ventajas del régimen, más no las desventajas y riesgos que le implicaba el traslado y afiliación a la AFP.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar al promotor de la litis información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca el A quo al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP

inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en sus contestaciones de demanda.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir las AFPs PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL 1421 de 2019 y SL 1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Conclusión

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que el actor decidió trasladarse a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación del demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

Costas

En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de mayo de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ** al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 31 de octubre de 1995 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas.

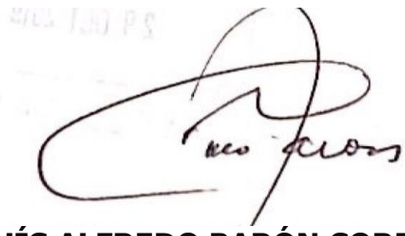
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

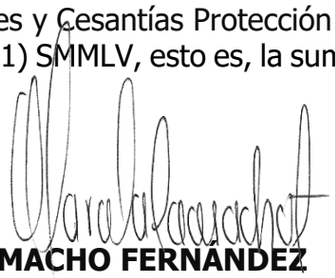


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **NÉSTOR RAÚL RUBIANO PÁEZ** y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y Colfondos SA, Pensiones y Cesantías el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	GEYDI LAUREN RODRÍGUEZ BERNAL
Demandado:	ADS PHARMA S.A.S.
Radicado No.:	32-2020-00178-01
Tema:	DESPIDO SIN JUSTA CAUSA- APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión n, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica",* se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Geydi Lauren Rodríguez Bernal, instauró demanda ordinaria contra Ads Pharma S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el desde el 2 de diciembre de 2015 al 8 de marzo de 2019, que finalizó sin justa causa del empleador. Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo, se disponga a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, descanso dominical, horas extras, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar para la sociedad accionada, a través de un contrato laboral a término fijo desde el día 2 de diciembre de 2015 al 1 de marzo de 2016, desempeñando el cargo Asistente de Talento Humano, con un salario inicial de $3.500.000. Indicó que por medio de Otrosí de fecha 1 de febrero de 2018, su empleador modificó su cargo a Administradora de Talento Humano, sin embargo, realizó las mismas funciones y tuvo el mismo salario.

Afirma que tuvo que quedarse a trabajar después de su jornada habitual durante el segundo semestre del año 2017 y primer semestre de 2018, devengando horas extras, sin que el empleador las reconociera. Aludió a que, para el mes de septiembre de 2018, le realizaron una serie de conductas de acoso laboral por parte de las directivas de la empresa que produjeron el despido el día 8 de marzo de 2019. Narró que para noviembre de 2018 dentro de la empresa se coordinaron actividades de fin de año a fin de lograr la integración de los trabajadores en temas de recreación y bienestar. Así, indicó que como Administradora de Talento Humano envió a todas las dependencias de la compañía las instrucciones para dichas actividades, sin embargo, recibió llamado de atención escrito de la Gerente Financiera por no haberse manifestado sobre la decisión del Gerente General de realizar las actividades previstas.

Explicó que para la programación de la última actividad del año que correspondía a la despedida del año en la ciudad de Villeta, estuvo realizando todas y cada una de las tareas de coordinación logística, recreación y alimentación de los empleados; oportunidad en la que no le comunicaron por parte de las directivas de la empresa, ni le aludieron que los trabajadores les quedaba rotundamente prohibido consumir bebidas alcohólicas, ni tampoco ningún tipo de requerimiento de vestuario o comportamiento. Indicó que el 19 de febrero de 2019, dos meses después de la actividad de fin de año, se le inició proceso disciplinario, bajo el argumento de que varios trabajadores señalaron quejas por el mal comportamiento de la Administradora de Talento Humano como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas; frente a lo cual señaló que no realizó ingesta desenfrenada de alcohol, arguyendo recibir un trago de cortesía, sentirse mal, sentarse a reposar y solicitar apoyó a la gerencia comercial sin que realizará hechos vergonzosos.

Señaló que el día 27 de febrero de 2019 recibió un llamado de atención por parte de la Gerente Financiera por no presentarse a realizar pausas activas el día anterior; además que el 4 de marzo de 2019 recibió correo electrónico solicitando la apertura de una auditoría, otorgándole como fecha límite para su entrega al día siguiente, cuando el plazo que por costumbre se le daba era de una semana. Finalmente, adujo que ese mismo día recibió comunicación de terminación de contrato con justa causa, atribuyéndole encontrarse bajo los efectos de alcohol y no coordinar las actividades de entrega de regalos. Frente a lo cual interpuso recurso de apelación, pero el día 8 de marzo de 2019, recibió finalmente la carta de terminación de su contrato de trabajo. (Expediente Electrónico, PDF 01. Demanda 2020-178 y 03. SUBSANACIÓN DEMANDA).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la relacionada con la existencia del contrato de trabajo. Frente a los supuestos fácticos indicó que nunca le fue ordenado, requerido ni autorizado por parte de los Directivos de la empresa, laborar fuera de la jornada de trabajo. Por otro lado, refirió que la actividad social realizada por parte de la compañía en beneficio de sus trabajadores al finalizar el año hace parte de la jornada de trabajo, fue realizada el viernes 21 de diciembre de 2018, siendo esto un día hábil y ordinario.

Esgrimió que el gerente general no hizo parte del grupo de los trabajadores, además, que según lo manifestado por los trabajadores que, a su vez, fueron interrogados dentro del proceso disciplinario, si hubo consumo de bebidas embriagantes por parte de la actora, y en la finalización de la jornada de la tarde, se evidenció el grado de alicoramiento en el que se encontraba, a tal punto que fue ayudada por otros trabajadores para su ingreso al bus de regreso. Agregó que era función directa de la demandante, en su calidad de Administradora de Talento Humano, ejercer control sobre estas actividades y realizar los respectivos reportes por la ingesta de bebidas embriagantes en una actividad realizada dentro de la jornada laboral.

Finalmente, refirió que el 4 de marzo de 2019 la actora es notificada la terminación del contrato con justa causa, pero esto se da dentro del desarrollo del proceso disciplinario iniciado el día 19 de febrero de la misma anualidad, para lo cual, ninguno de los llamados de atención realizados, y las auditorías, tuvieron relevancia alguna. Propuso como excepción de fondo la de cobro de lo no debido. (Expediente Electrónico, PDF 09. Contestación Demanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero del año 2021, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 2 de diciembre de 2015 y el 8 de marzo de 2019 que se terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar la suma de $33.313.333, por concepto de indemnización por terminación de contrato sin justa causa, de manera indexada.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto indicó que del asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos, ello en atención a que la accionada así lo aceptó y en tal virtud, tuvo como problema a dilucidar si la finalización de la relación laboral se dio por justa causa. En ese sentido, aludió a que de acuerdo con el dicho de la encartada, el contrato laboral finiquitó por una decisión unilateral el 8 de marzo del 2019 aduciendo una justa causa, frente a lo cual si bien se dijo que fue por la ingesta de bebidas embriagantes en una actividad a final de año realizada por la empresa en un día laboral, lo cierto es que no se allegó al proceso la comunicación tampoco el proceso disciplinario que se le hizo a la demandante para la finalización del vínculo laboral.

Además, aludió a que la parte demandada no allegó medio probatorio alguno tendiente acreditar la causal por la que se dio por terminado el contrato de trabajo y aunque aceptándose que la finalización se dio por esa ingesta de bebidas alcohólicas indicó que tampoco obraba medio de convicción que determinará que la demandante hubiere consumido estas bebidas alcohólicas más allá del vaso de whisky que aceptó en su interrogatorio de parte. Agregó que no se allegó prueba de las quejas que presuntamente interpusieron en contra de la accionante por los demás trabajadores, sumado a que las testimoniales practicadas en el proceso daban cuenta de la permisión que el representante legal hizo sobre la ingesta de bebidas alcohólicas.

Finalmente, indicó que en lo que respecta al principio de inmediatez también se hallaba quebrantado, en tanto que no existía prueba de que efectivamente solo se hubiera tenido conocimiento de los hechos que motivaron el despido después del periodo de vacaciones colectivas, máxime cuando el llamado a descargos se produjo el día 19 de febrero del 2019 y no hay prueba de la tardanza o demora en dar trámite al proceso disciplinario de cara a los hechos acontecidos a final del año. (Expediente electrónico, audio 20. AUDIENCIA JUZGAMIENTO 25-ENE-2021)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la anterior decisión, la encartada formuló recurso de apelación argumentando que existe vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el Juzgado desconoció las pruebas que allegó durante el término de traslado y que fue soporte de su defensa. Indicó que "*si el Despacho está teniendo como fundamento la no presentación de prueba documental, teniendo en cuenta que ambas partes han, dentro del proceso, han mencionado hechos referencia a cada uno de los hechos, tanto la parte demandante en lo que concierne a las actividades que se realizaron con la parte demandada, las acciones que desempeñaron, es un error del despacho al intentar proferir este fallo en el sentido que la parte demandada recibe unos anexos por parte del extremo actor por medio de correo electrónico dando alcance a la nueva reglamentación que tenemos de notificación en donde vienen contenidos los anexos de la demanda; si bien es cierto el Despacho hizo una solicitud de presentar documentación adicional, esta no se entiende como la documentación inicial de la demanda, sino la documentación adicional. Esto que quiere decir, que el Despacho está profiriendo un fallo con base en un documento que es el contrato de trabajo, en mi entender de lo que estamos viendo en este caso, por eso con el mayor respeto su señoría se está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y todos los colindantes en el sentido que la documentación si fue recibida por el suscrito por medio del correo registrado ante Cámara de Comercio, nuevamente el día 6 de agosto del 2020. En dichos correos se encuentra evidenciado el envío de todos los anexos y el sustento de cada uno de los hechos que hemos adelantado en este proceso, y si bien es cierto el Despacho pretende argumentar sus consideraciones del fallo en el hecho de no presentarse esas pruebas documentales, esta premisa debe valorarse desde el punto de vista procesal y la primacía que debe tener en este caso la forma sobre las cosas que no está aplicando directamente, es por su señoría que presentó el recurso de apelación en contra del fallo proferido el cual ampliare de igual forma en la instancia que corresponde haciendo aclaración y dejando salvedad que el día 6 de agosto del 2020 si recibimos los correos por parte del apoderado del extremo actor con cada uno de los anexos y fue con esos correos que procedimos a realizar la notificación dentro del proceso y que el juzgado procedió a tener en cuenta nuestra contestación de la demanda. Entonces su señoría en este caso también se puede hablar de*

una causal de nulidad, toda vez que al observarse que dicha documentación no se encontraba dentro del plenario a efectos del fallo a proferir, este sentido debe ser aclarado toda vez que se está vulnerando los derechos fundamentales que tiene en este caso mi cliente, para la defensa." (Expediente electrónico, audio 20. AUDIENCIA JUZGAMIENTO 25-ENE-2021)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegación refirió a que quedó demostrado que la accionante ingresó a laborar para la sociedad demandada, por medio de contrato laboral a término fijo desde el día 2 de diciembre de 2015 al 8 de marzo de 2019, con un cargo inicial Asistente de Talento Humano y un salario de $3.500.000 para el año 2015, vigencia laboral que fue prorrogada sucesivamente y que para el año 2018, por medio otrosí de fecha 1 de febrero de dicha anualidad, su cargo fue modificado a Administradora de Talento Humano pero con las mismas funciones anteriores y que para el año 2019 su salario era de $3.800.000.

Refirió que la demandada aceptó que se produjo una despedida de fin de año el día 21 de diciembre de 2018, en la ciudad de Villeta y a raíz de comportamientos atribuidos por sociedad demandada, la misma fue despedida el día 8 de marzo de 2019, por manera que como lo dijo la sentencia de primera instancia, los testimonios practicados en el presente proceso por Zayuan Adrith Sanabria y Jorge Andrés González, dan cuenta que la empresa admitió que sus empleados ingieren bebidas alcohólicas en la actividad, por lo que atribuirle después a los trabajadores, conductas y causales de terminación del contrato de trabajo por haber consumido bebidas alcohólicas, constituye un acto meramente arbitrario, temerario y absurdo por parte de la demandada.

5.2. Parte demandada. Indicó que por medio de 2 correos electrónicos recibidos el 5 de agosto de 2020, por parte del apoderado judicial del extremo actor, fue notificado de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Así, refirió que el a quo admitió erróneamente la demanda por medio de auto 4 de septiembre de 2020, toda vez que no había sido presentada las pruebas documentales base de la presente reclamación laboral, y no realizó pronunciamiento alguno al respecto. Teniendo en cuenta ello, señaló que presentó la respectiva contestación de demanda, misma que se fundamentó en la documentación remitida por el apoderado judicial de la parte demandante, razón por la cual, apelando a la economía procesal, fue referenciada cada una de las pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

(i) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende, tal como lo coligió el juez de primer grado?

(ii) Para tal efecto se entrará a estudiar ¿El a quo quebrantó el derecho fundamental al debido proceso, en la medida que cuando impartió condena no evidenció que desde el acto procesal inicial la actora no aportó los medios de prueba que soportan sus pedimentos, lo que sirvió además de base para la contestación de demanda y el motivo por el que no allegó elementos de persuasión?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y modalidad, tampoco la labor de Administradora de Talento Humano ejercida por la accionante, ni que aquella devengó para la fecha del finiquito de la relación laboral la suma de $3.800.000; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (Expediente Electrónico, PDF 01. Demanda 2020-178, pág. 22 a 26)., y la aceptación que se realizó en la contestación de la demanda por la encartada.

Indemnización por despido sin justa causa

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si en efecto debe revocarse la condena respecto del pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, pues aduce la apelante que el sentenciador primigenio incurrió en un desatino al pasar por alto que la demandante no demostró el soporte de sus pretensiones, en tanto que desde el inicio del escrito introductor no allegó los medios de convicción que dieran cuenta la existencia del derecho que pregona, de manera que ello le sirvió, para contestar la demanda y plantear su defensa ante tal vacío probatorio.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, debe resaltarse que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

En ese sentido, advierte la Sala que la demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que la conclusión a la que llegó la juez de primer grado sobre tal aspecto no se recurrió por las partes, misma que la llevó a colegir que la terminación del contrato de trabajo fue de forma unilateral del empleador, ante la existencia de confesión en la contestación de la demanda que se hizo sobre tal efecto. De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva no sólo acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa, sino, además, que cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión.

Conforme a lo dicho, la Sala advierte que, sobre este aspecto, no se arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que la terminación del contrato de trabajo de la aquí actora estuvo fundada en alguna situación fáctica, menos de aquellas contempladas en la Ley sustantiva, pues no cumplió con su deber arrimar al cartapacio las pruebas tendientes a demostrar que la actora conoció de tal determinación, ni probó

la ocurrencia de los hechos que se alegan. En ese sentido, si bien en la demanda se identificaron las razones que llevaron al finiquito de la relación laboral, tal situación no es un elemento probatorio para demostrar la existencia de los hechos u omisiones allí invocados, siendo necesario que la parte demandada allegará los medios de convicción, inclinados a no solo demostrar que le comunicó las razones fácticas que originaron el desahucio, sino que las causas y sus fundamentos ocurrieron, tal como se esbozó precedentemente.

De esta forma, la Sala coincide con el juzgador de primer grado, cuando indicó que la parte demandada, no allegó ningún elemento probatorio, llámese documental, testimonial con el fin de demostrar que en realidad los hechos que se narraron en el escrito introductorio acontecieron, máxime cuando lo expresado por la activa en la citada pieza procesal, no contiene confesión, como tampoco alguna manifestación que la perjudicará y favoreciera a la encartada, pues nótese que todo el andamiaje argumentativo de la promotora de la litis se centró en que los hechos que se le endilgan como motivo de terminación por la pasiva nunca acontecieron, debiéndose probar lo contrario por la llamada a juicio.

Ahora, no sobra precisarle a la censura, a propósito de su recurso de apelación, que esta no es la oportunidad para reprochar a la parte actora el hecho de que no agregó los medios probatorios en momento procesal oportuno, ni tampoco para atribuirle un error al A quo al admitir la demanda con la supuesta falencia, pues nótese que si estimaba que la demanda no satisfacía los requisitos del artículo 25 y numeral 3 del artículo 26 del CPT y de la SS, debió exteriorizarlo ante el Juez de primer grado, bien sea como medio exceptivo previo, o con una simple comunicación, para que éste si lo consideraba pertinente, adoptará los correctivos necesarios.

Adicionalmente, lo expuesto por el recurrente en momento alguno conllevar a decir que el Juzgado desconoció prerrogativas constitucionales, de hecho, en la notificación personal que se surtió por el a quo, se le puso de presente el expediente electrónico en el que se encontraba la demanda y su subsanación, los anexos que fueron allegados y el auto admisorio de aquélla, de manera que debió verificar que las documentales que se indican por la parte actora en el escrito primigenio estuviesen presentes en el expediente que se le allegó junto con la notificación, situación que no ocurrió y, por ende, permitió que a pesar de tal falencia se continuará con las etapas procesales correspondientes, al punto que dejó que concluyera la primera instancia.

De todas maneras, para la Sala el hecho de que la parte accionante hubiere dejado de arrimar las pruebas que puso de manifiesto en su demanda, no vedaba a la llamada a juicio de allegar los elementos de persuasión soporte de su defensa, pues obviamente tenía la carga de arrimar al diligenciamiento los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales y de las disposiciones jurídicas que en este asunto en particular fundamentaron la terminación del vínculo laboral a la actora, en tanto que al no hacerlo es claro que la decisión judicial necesariamente le es desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, al evidenciar la Sala que la demandada no allegó prueba de los hechos que alega, pues de una parte no cumplió con comunicar a su trabajadora al momento de

la finalización del vínculo, la causal o motivo del finiquito del laborío y, de otra, que la consecuencia de su decisión haya sido como consecuencia de una justa causa, pues sobre ello no hay ningún solo medio de prueba, es claro que el juzgador primigenio no incurrió en ningún desatino al escatimar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del CST, razones más que suficientes para confirmar la condena.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la demandada y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

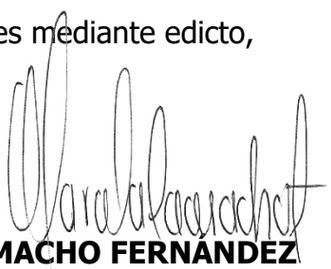
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Ads Pharma S.A.S. Las de primera, se confirman.

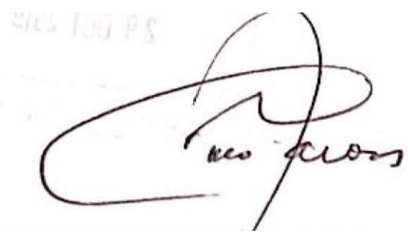
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

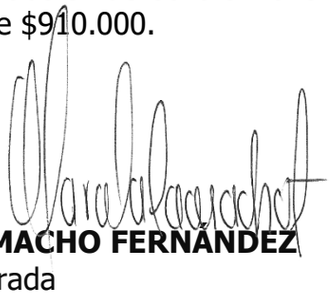


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Ads Pharma S.A.S. en la suma de $910.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: STEVEN GIL MANRIQUE
Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN LIQUIDACIÓN
Radicado No.: 12-2017-00032-03
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Steven Gil Manrique instauró demanda ordinaria contra Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros SA, con el propósito de que sean condenadas a pagar a su favor por concepto de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

En sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo por labor contratada para personal en misión el 6 de abril de 2015 con Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, para ser enviado como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro. Indicó que desempeñó el cargo de Comercial III y devengó un salario de $1.750.000, relación laboral que terminó el 30 de septiembre del 2015, sin que procediera a cancelar los rubros correspondientes a la liquidación final del contrato de trabajo. (fols. 62 a 69).

2. Contestación de demanda.

2.1. Fondo Nacional del Ahorro. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra aduciendo que el demandante confiesa que el verdadero empleador fue Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación y que la calidad que ostentó fue la de trabajador en misión, por lo que mal puede adeudar suma alguna de dinero, cuando no tuvo la calidad de trabajador oficial, ni empleado público. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, ausencia de solidaridad, buena fe y genérica. (fols. 225 a 235).

2.2. Liberty Seguros SA. En su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda principal, con fundamento en que la existencia de solidaridad entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales ha sido rechazada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Además, indicó que no es responsable del pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones e indexaciones que pudiera adeudar el Fondo Nacional del Ahorro como empleador directo a la parte actora. De esta forma coadyuvando la oposición formulada por el ente demandado.

Presentó como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como de mérito, las de falta de legitimación en la causa por activa, ausencia de acción directa del demandante frente al amparo de salarios y prestaciones sociales de un seguro de cumplimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de solidaridad entre los demandados, inexistencia de la obligación a su cargo, pérdida del derecho o reducción de la indemnización, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998, prescripción, buena fe y genérica. (fols. 262 a 281)

2.3. Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que le adeuda las prestaciones sociales y vacaciones solicitadas en la demanda, pero no ha efectuado su pago por cuanto quedó sujeto a las reglas del concurso, por expresa disposición de la Ley 1116 de 2006. De esta forma, indicó que le serán pagadas dentro del proceso de liquidación judicial, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos o por la póliza de la aseguradora Confianza SA. Propuso como excepciones de fondo las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por el demandante, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y genérica. (fol. 306 a 310).

2.4. Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA. En virtud de la orden proferida por este mismo Tribunal, el A quo ordenó su vinculación y en su escrito de intervención se opuso a las pretensiones del escrito introductor, aduciendo como sustento de su defensa que el 7 de diciembre del 2011 expidió la póliza de cumplimiento de disposiciones legales 24DL006347, misma que fue modificada y, por tanto, su vigencia finalizó el 1 de enero del 2015, siendo ley para las partes. Propuso las excepciones de improcedencia de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24DL006347, falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza. (fol. 384 a 392).

3. Llamamiento en garantía.

3.1. Liberty Seguros SA. En escrito aparte se opuso a las pretensiones del llamado en garantía sosteniendo que el contrato de seguro contempla exclusiones convencionales y legales de la cobertura, por lo que en caso de que exista un hecho que constituya una exclusión convencional o legal, deberá ser declarada. Como medios exceptivos se propuso inexistencia del siniestro para las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998, inexistencia de la obligación a su cargo, pérdida del derecho o reducción de la indemnización del Fondo Nacional del Ahorro, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998, buena fe y genérica. (fols. 318 a 332).

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 73); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de agosto del 2020, en la que condenó a Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación a pagar la suma de $8.691.666,67, por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2015 y el 29 de febrero del 2016, así como las costas del proceso. Absolvió al Fondo Nacional del Ahorro, Liberty Seguros S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en lo que tiene que ver con la relación laboral, sus extremos, la remuneración retributiva y modalidad sostuvo que sobre aquello no existía mayor controversia entre las partes, además, porque el contrato de trabajo allegado al plenario daba cuenta que el accionante fue contratado como trabajador en misión, en el cargo de comercial III, cuyo inicio se dio el 8 de abril del 2015.

En esa medida, indicó que debía centrar su atención en el impago de las prestaciones sociales, la solidaridad pretendida y la responsabilidad de las pólizas, frente a lo cual aludió a que las prestaciones sociales no fueron pagadas una vez terminó el contrato de trabajo de obra o labor contratada, sin embargo, las piezas procesales allegadas al proceso daban cuenta de la afectación de la póliza de garantía que se hizo en los términos del Decreto 1072 de 2015 y por ende, el pago que hizo la aseguradora Confianza sobre estas. No obstante, adujo que como quiera que el pago se realizó en forma extemporánea, debía evaluar cuál fue la condición de mora o si estuvo revestida de buena o mala fe. Así las cosas, luego de citar el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, significó que se adeudaba la indemnización por el no pago a tiempo de prestaciones sociales la cual debía ser calculada hasta el momento en que se declaró la reorganización empresarial de Optimizar Servicios Temporales SA, pues no se acreditó la existencia de buena fe.

Ahora, en lo que hace a la solidaridad pretendida esgrimió que de conformidad con el referente jurisprudencial y las previsiones normativas del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y sus decretos reglamentarios, se puede considerar a la empresa usuaria como empleadora y a la EST como simple intermediaria responsable solidaria de las obligaciones contraídas, en la medida que se supere el límite de los 6 meses, la EST no cuente con el permiso respectivo o no se realice laborales transitorias y específicas. De esa manera, esbozo que, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, entre ellas, el contrato comercial núm. 147 de 2015 que arrimó el Fondo Nacional del Ahorro, indicó que aquel solo tiene un umbral de 3 meses y la prestación del servicio del demandante no superó los 6 meses, luego no quedó acreditado que el contrato comercial haya desbordado los límites previstos en el Decreto 4369 de 2006, por lo que la empresa usuaria no puede verse abocada a la responsabilidad solidaria, ni como agente contratista, tampoco como simple intermediaria. (CD a fol. 516).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que quedó plenamente probado que laboró de manera directa, cumplió un horario de trabajo, le fueron dadas órdenes y recibió un salario por parte del Fondo Nacional del Ahorro, tal como lo manifestaron las testimoniales, mismas que daban

cuenta que Optimizar fue una simple intermediaria, en los términos del artículo 35 del CST.

Refirió que las excepciones contempladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no se encuentran acreditadas, máxime cuando la representante legal de Optimizar señaló que fueron contratadas 1.200 personas, queriendo decir que toda la planta del Fondo Nacional del Ahorro era contratada a través de la temporal, lo cual considera es abiertamente ilegal, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia. Señaló que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsablemente junto con la empresa de servicios temporales de sus acreencias laborales, con la consecuente vinculación de las aseguradoras llamadas en garantía, de conformidad con los contratos de seguros que celebraron.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Liberty Seguros S.A. En su escrito alegó en su favor que el fallo emitido se ajusta a la realidad probatoria recaudada dentro del presente proceso, pues el demandante en su interrogatorio señaló que su verdadero empleador fue Optimizar Servicios Temporales. Adicionalmente, indicó que se encuentra demostrado que prestó sus servicios en misión para el Fondo Nacional del Ahorro con ocasión de la causal establecida en el Numeral 3º del Artículo 77 de la ley 50 de 1990, atendiendo a los incrementos en las labores de dicha entidad a raíz de las políticas del Gobierno en materia de otorgamiento de créditos de vivienda.

6.2. Fondo Nacional del Ahorro. Refirió que acertó el señor Juez de primera instancia al indicar que se encentraba probado en el proceso, que el accionante Steven Gil Manrique fue trabajador directo de la empresa de servicios temporales (E.S.T.) OPTIMIZAR S.A., tal y como da cuenta la documental obrante en el expediente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al no declarar la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro en la condena impartida, en tanto que aquél actuó como verdadero empleador y Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, como simple intermediaria en los términos del artículo 35 del CST?

(ii) En tal virtud, las llamadas en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA y Liberty Seguros SA, ¿deben o no dar cumplimiento a las pólizas de cumplimiento y garantía?

Responsabilidad solidaria

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de

2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador".*

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

> "*En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.*"

Dicho ello y de cara al argumento expuesto por la censura orientado a que el Juzgador de primer grado no tuvo en cuenta la existencia de solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 35 del CST, en la medida en aquel al ostentar la condición de empleador, debió asumir conjuntamente el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 *ejusdem*, ratificando con ello lo esbozado en el libelo introductor al advertir que aquella es solidariamente responsable conforme al artículo 34, numeral 1 de la misma preceptiva (fol. 65), precisa la Sala que, sobre este aspecto de la figura del simple intermediario que regula tal disposición, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la explicado así:

(i) quienes se limitan a enganchar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador y, por tanto, la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador; y por otra (ii) quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presente servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trataba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En

este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

En este último caso, ha señalado la jurisprudencia del Alto Tribunal, que es la más próxima a la figura del contratista independiente, el cual, dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Entonces, si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero si a pesar de la apariencia formal de un contratista, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, será éste y no el simple contratista el verdadero patrono (Sentencia octubre 27/99, Expe. 12.187. M.P. José Roberto Herrara Vergara)

Como se expuso del referente jurisprudencial traído a colación, se evidencia que existe una marcada diferencia entre el contratista independiente y el objeto de las empresas de servicios temporales reguladas por la Ley 50 de 1990, al punto que, en sentencia de 24 de abril de 1997, rad. 9435, que se reiteró en providencia SL16350-2014, la misma Corporación explicó detalladamente las diferencias y efectos que se deben tener en cuenta a la ahora de examinar las circunstancias fácticas que permiten determinar si se está en presencia de alguna de las figuras señaladas:

> "*Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes:*
>
> *"La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.*
>
> *"La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.*
>
> *"Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.*
>
> *"El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión."*

Bajo dicha tesitura, no pudo de ningún modo incurrir el A quo en el desatino que se le acusa, pues resulta fácil advertir, que el actor al prestar sus servicios al Fondo Nacional del Ahorro, lo hizo como trabajador en misión, contratado por Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, para prestar sus servicios en la empresa usuaria, de manera que mal puede predicarse la responsabilidad solidaria del contratista en los términos del artículo 34 del CST.

Lo anterior, además se explica, porque entre el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales SA no se pactó "*la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.*"; sino la "*prestación de servicios de suministro y administración de personal para satisfacer necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en Armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019"*; cuestión bastante diferente de lo contemplado en el artículo 34 del CST, pues como se evidencia este vínculo se hizo en el marco del artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

A lo que suma, si bien la empresa usuaria, en este caso el Fondo Nacional del Ahorro, ejercía subordinación frente al trabajador, como lo hicieron notar las testimoniales vertidas al proceso y sobre lo cual hace hincapié la censura, tal subordinación jurídica se hacía por delegación que hizo la empresa temporal, para la realización del objeto del servicio contratado entre las pasivas. Y ello es así, porque la empresa temporal remite en misión los trabajadores a las dependencias de la usuaria para que cumplan las tareas o servicios contratados por la usuaria, de manera que deba ejercer poderío sobre los trabajadores en misión, pues de no ser así, es claro que no podría cumplirse con el objeto del contrato celebrado entre la empresa usuaria y la temporal (SL 16350-2014). Así las cosas, dada la delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria, en modo alguno está llamada a responder solidariamente por las condenas impuestas en contra de la EST, bajo la figura pretendida por el actor.

Ahora, cabe anotar que si bien existe un presupuesto de responsabilidad solidaria consistente en que la empresa temporal pasa a comportarse como un intermediario con aspecto de contratista independiente, y empieza a responder de forma solidaria, y la usuaria cómo actuó bajo la calidad de empleador aparente, responde como obligado principal, esto es, como verdadero empleador, por el hecho que se contrate de forma ilícita y fraudulenta a la Empresa de Servicios Temporales, bien sea porque esta no cuenta con autorización de la cartera del trabajo o porque el objeto contractual excedió los límites temporales de la actividad, es decir, se superó el año, lo cierto es que en este asunto la parte demandante no señaló que fuera así y contrario a ello, lo que sí se aceptó y, se probó es que el trabajador en misión celebró contrato de trabajo con la empresa temporal de servicios demandada (fol. 9 a 13); que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de Optimizar Servicios Temporales SA – En Liquidación Judicial, está legalmente constituida como una empresa de servicios temporales (fol. 30 a 36); no se probó que la citada temporal y el Fondo Nacional del Ahorro hayan desnaturalizado la figura de la intermediación laboral contemplada en la Ley 50 de 1990-, en tanto que, como se advierte del contrato comercial núm. 147 de 2015 que arrimó el Fondo Nacional del Ahorro, de cara al nexo contractual que vinculó al actor con la Empresa Temporal, aquel fue vinculado para atender incrementos en la producción del ente público; tampoco que se superó el término de 6 meses, prorrogables por otros seis meses, en las actividades ejecutadas como trabajador en misión en la empresa usuaria.

Razones más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer la responsabilidad solidaridad pregonada, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió. Aspecto, además, que se emplea para ratificar la absolución de las pretensiones que se elevaron en contra de las aseguradoras llamadas a juicio, en tanto que aquellas estaban soportadas en la prosperidad de la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro, situación que como se vio no aconteció.

Costas.

En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor Fondo Nacional del Ahorro, Confianza SA y Liberty Seguros SA, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del Fondo Nacional del Ahorro, Confianza SA y Liberty Seguros SA y a cargo del señor Steven Gil Manrique. Las de primera, se confirman.

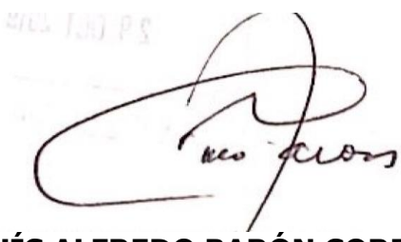
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del Fondo Nacional del Ahorro, Confianza SA y Liberty Seguros SA y a cargo del demandante en la suma de $100.000 a cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUCELLY RODAS GARCÍA
Demandado: RV INMOBILIARIA S.A.
Radicado No.: 05-2016-00640-01
Tema: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – APELACIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lucelly Rodas García, instauró demanda ordinaria contra RV Inmobiliaria S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de mayo de 2004 al 28 de enero de 2016; que la encartada realizó cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones sin tener la totalidad de su salario y factores salariales, ni cotizó la totalidad de periodos laborados; que no realizó el pago de las prestaciones sociales sobre el valor realmente devengado y consignado; y que despidió en forma ilegal y sin justa causa. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo se dispusiera a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, perjuicio morales y materiales, reliquidación de cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones, aportes a los subsistemas de seguridad social en pensiones y salud, sanción por la no consignación de cesantías y no pago de sus intereses, indemnización moratoria, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido, cuya fecha de iniciación correspondió el día 3 de enero de 2004 (sic), para desempeñar el cargo de directora de arriendos sucursal Country, devengando como último salario la suma de $1.217.000 y un promedio de comisiones de los últimos tres meses el equivalente a $5.445.142. Agregó que además recibía comisiones por productividad que podían ascender a $2.700.000; comisiones por crecimiento comercial el equivalente a $3.700.000; por premio de crecimiento neto la suma de $700.000; y que, por su buen ejercicio en su labor, se hacía acreedora de bonificaciones por recaudo de publicidad. Indicó que dichos conceptos hacían parte de su salario básico mensual.

Narró que el 27 de enero de 2016 fue citada a diligencia de descargos, para el día siguiente, señalando haber incurrido una violación al compromiso de exclusividad pactado

con la empresa al constituir junto con otras personas la sociedad Blue Smart Inmobiliaria S.A.S., misma que tiene actividades iguales o similares a las de su empleador. Explicó que en la diligencia no se le dio la oportunidad de presentar pruebas de defensa y la entidad demandada no encontró demostrado la supuesta competencia desleal, no obstante, ese mismo día le comunicaron por escrito la decisión de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa.

Insistió que no violó ninguna de las conductas que se encontraban prohibidas, ya que no prestó servicios laborales a otros empleadores, además, aludió a que la demandada no probó en ningún momento que hubiera realizado dicha conducta, en tanto que confundió la calidad de accionista que algún momento tuvo con la empresa Blue Smart Inmobiliaria S.A.S., con la inexistente prestación de servicios. Añadió que la demandada violó el debido proceso y su derecho de defensa en el trámite disciplinario que se le adelantó, aunado a que la sanción impuesta no se encuentra tipificada en el reglamento interno de trabajo, como falta gravísima o justa causa de terminación del contrato de trabajo y que se sintió muy afligida con la decisión del empleador, pues luego de doce años de excelente servicio fue despedida injustamente. (Expediente digital, PDF 2016-640 C1, pág. 1 a 14).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, a excepción de la existencia del contrato de trabajo entre las partes y sus extremos temporales. Como fundamento de su oposición refirió básicamente que todas las acreencias laborales y aportes a la seguridad social fueron liquidadas y pagadas con base en el salario efectivamente devengado, incluyendo en éste todos los factores salariales del caso.

Explicó que para el cumplimiento de sus funciones correspondientes al cargo que desempeñaba se requería permanente desplazamiento de éste hacia y desde los inmuebles de venta o arriendo, razón por la cual, y según el número de desplazamientos reconocía gastos de movilización que no constituyen salario para ningún efecto y, por lo mismo no podían ser tenido en cuenta dentro de la base salarial para el pago de otras acreencias. Tales auxilios de movilización fueron suprimidos por decisión unilateral de la compañía a partir del mes de marzo de 2016.

Manifestó que podría recibir premios e incentivos por crecimiento de la oficina a la que tuviera asignado, premios que, como su nombre lo indica, no se otorgaban como retribución a los servicios prestados, sino como incentivos, los cuales se pagaban a todos los funcionarios de la oficina. Indicó que la actora podría recibir bonificaciones por la publicidad que fuera autorizada por parte de los propietarios de inmuebles entregados a la inmobiliaria, bonificaciones que tampoco implican retribución a los servicios prestados por la colaboradora, ni correspondían a remuneración de la labor individual.

Esgrimió que la terminación del contrato se dio con justa causa imputable a la actora, por el grave incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, en tanto que en forma maliciosa y temeraria, en vigencia de su contrato de trabajo, junto con otros compañeros y excompañeros de trabajo, constituyó una sociedad comercial con objeto social igual o similar al de la empresa, lo que evidentemente constituye muestras de deslealtad e infidelidad, violación al compromiso de exclusividad e incluso de competencia desleal. Propuso como excepción previa la de prescripción y como de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 2016-620 cuaderno 2 unificado, pág. 1 a 28).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre del 2020, en la que el fallador condenó a la encartada a pagar los aportes al sistema de

seguridad social en pensiones por los periodos de enero a marzo de 2005, con un IBC de $1.842.421; octubre de 2009 teniendo en cuenta IBC de $1.966.242 y por julio de 2010 un IBC de $2.566.103 y costas del proceso. Absolvió a la pasiva respecto de las demás pretensiones de la demanda.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si los conceptos señalados en la demanda son o no salario y, por ende, debían ser incluidos para efectos de liquidación de prestaciones sociales y vacaciones; y establecer si operó o no la justa causa de despido. Conforme a ello, indicó que dentro del proceso se encontraba demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de mayo de 2004 al 28 de enero de 2016, mediante el cual la actora se vinculó para ejercer el cargo de Coordinadora de Servicio al Cliente y en el que las partes pactaron cláusula de exclusividad.

Respecto de la citada cláusula, aludió al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar de ello que la estipulación tenía dos componentes; la primera es no dedicarse o disponer de su capacidad de trabajo a otro empleador y la segunda, a no prestar directa o indirectamente sus servicios laborales a otros empleadores, ni trabajar por cuenta propia en el mismo oficio durante la vigencia de este contrato. Bajo ello, refirió que la actora constituyó una inmobiliaria bajo una sociedad SAS, para desarrollar el mismo objeto de su empleador, encajando ese aspecto en el último punto de la cláusula pactada.

Indicó que la actora tuvo un cargo directivo y, por tanto, tenía capacidad de dirección y conocimiento del negocio, por lo que el hecho de constituir una sociedad, para desarrollar el mismo objeto de su empleador, encuadra en lo que respecta a no trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, de conformidad con la cláusula anotada. Agregó que en el presente asunto se cumplía la inmediatez en el despido, en tanto que hasta el mes de enero del año 2016 le pusieron de presente al empleador la existencia de la sociedad que creó, activando todo el proceso disciplinario que desencadenó en la terminación del vínculo laboral. En esa medida, consideró que no había lugar a la indemnización que se pretende.

De otro lado, en lo atinente a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones hizo notar que en todos los comprobantes de nómina allegados al plenario se hacía referencia a un concepto denominado comisiones, el cual se tuvo en cuenta para efectos de liquidación de esas acreencias laborales. Entonces, aludió a que, si la actora alegaba que la denominada bonificación por crecimiento, publicidad, auxilio de rodamiento o movilización y los premios eran salario, debió demostrarlo dentro del proceso, en tanto que no bastaba que los testigos indicaran que existía un listado aparte en los que se cancelaba algunas sumas de manera mensual, sino, que debían ser allegados al proceso.

Refirió que de hecho no tenía los elementos de juicio atinentes a dilucidar qué valores exactos se cancelaron mes a mes por esos rubros, por lo que no podía realizar una liquidación al respecto, máxime cuando el auxilio de movilización y la bonificación por publicidad se encajaban dentro de las exclusiones que se señalaba el artículo 128 del CST, de allí que no se pueda determinar lo restante a qué correspondía, ni podía extraerse de los valores que se registran en los extractos bancarios arrimados.

Añadió que en los conceptos que tenían vocación de éxito, esto es, la bonificación por crecimiento y premios, no se determinó su valor, por lo que dificulta hacer la liquidación, sumado a que no podría extraerlo de las certificaciones bancarias. Insistió que, aunque la UGPP en su condición de fiscalizadora de la seguridad social pueda o no iniciar procesos

en contra de los empleadores, no quiere decir que tenga la verdad absoluta y que ese proceso administrativo permitiera concluir que la empresa no actuó conforme a derecho. En tal sentido, al no demostrarse cuáles eran los valores percibidos por estos conceptos, debía absolver a la demandada. (Expediente digital, audio Audiencia Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2016 00640 00)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. En su alzada indicó que el A quo incurrió en un error doctrinal frente a la interpretación de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, en lo que tiene que ver con la cláusula de exclusividad y el despido sin justa causa. Lo anterior, como quiera que la Sala de Casación Laboral ha previsto dos situaciones que deben ser cumplidas, para la afectación de dicha condición: Una de ellas es que el trabajador hubiere prestado servicios de la misma especie, situación que no ocurre en el asunto, en tanto que la sociedad constituida no funcionó durante un año, por lo que no pudo haber prestado sus servicios de dirección, manejo y confianza a la otra empresa. Mientras que el otro requisito es que no esté prohibido y sobre este aspecto mencionó que la creación de una empresa en sí mismo no constituye una modalidad de trabajo por cuenta propia, pues no se dan los requisitos de la existencia de la relación laboral.

Además, indicó que la Corte Constitucional ha señalado que no basta solamente con mirar la cláusula de exclusividad, sino que también hay que ver las consecuencias que generó para la empresa, circunstancia que no aparece acreditada en el plenario. Refirió que contrario a lo señalado por el A quo, no estaba alegando la inmediatez de la terminación, sino, la causalidad, misma que se rompió pues la situación ya había desaparecido un año atrás y, por ende, ya no participaba en los hechos que se le estaba endilgado.

Por otro lado, reparó que se le endilga una carga probatoria que no le corresponde, toda vez sí acreditó los dineros que le fueron cancelados por la empresa, luego a quien le correspondía desvirtuar que esos rubros no hacían parte del salario era al empleador. Agregó que el A quo reconoce en dos de ellos su carácter salarial y los otros dos porque la forma en que los pretendió desvirtuar la pasiva es ajena a la realidad, pues el auxilio de rodamiento los testigos señalaron que, aunque el pago era periódico dependía del desplazamiento, es decir, por cada visita que hacía al cliente le cancelaba y no dijeron que era un reembolso para su movilización. Mientras el rubro de publicidad se generaba por la publicidad que estaba obligada a hacer dentro sus funciones vender a sus clientes, de ahí que le dieran un porcentaje y, por tanto, guarde relación con su prestación de servicio. (Expediente digital, audio Audiencia Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2016 00640 00)

4.2. Recurso de apelación de la demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que el artículo 365 del CGP es la norma general que refiere a la condena en costas a quien es parte vencida en el proceso. De esta forma, indicó que la vencida en este proceso es la parte actora, porque estaba reclamando varias pretensiones de las cuales tan solo una se le concedió y, eso implica que debía también ser impuestas a la parte actora, porque puso en movimiento el aparato jurisdiccional, para un efecto absolutamente desfavorable, es decir, en su contra.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte Demandante. En su escrito solicitó se confirme las condenas impartidas a la demandada, respecto de la nivelación de los aportes a la seguridad social de la demandante, y se revoquen las absoluciones dadas a la empresa demandada en el fallo

apelado, para en su lugar condenarla al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, perjuicios causados por el despido arbitrario e ilegal, reliquidación de prestaciones por los factores salariales que no eran tenidos en cuenta, máxime cuando por este mismo motivo sí se condenó a la reliquidación de aportes a la seguridad social, y a las sanciones moratorias por no pago.

5.2. Parte demandada. Destacó en su escrito que se encuentra plenamente acreditado en el proceso y no ha sido objeto de discusión que el contrato que unió a las partes tuvo vigencia entre el 3 de Mayo de 2004 y el 28 de Enero de 2016, fecha en la cual se le notificó la decisión unilateral de terminar su vinculación con justa causa. Tampoco se puso en discusión que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Director de Arriendos y en el que tenía derecho a un salario básico mensual, más el eventual reconocimiento de comisiones por su gestión comercial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El concepto de auxilio de auxilio de movilización y bonificación por publicidad constituyen factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?

(ii) ¿Es viable impartir condena por concepto de sanción por la no consignación completa de cesantías e indemnización moratoria por falta de pago completo de prestaciones sociales en caso de ordenarse su reajuste?

(iii) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

(iv) ¿Es procedente impartir condena a la aquí demandada a pagar a título de perjuicios materiales o extrapatrimoniales la suma de 50 SMLMV por cada concepto como consecuencia de la terminación del contrato laboral a la actora?

(v) ¿Hay lugar a imponer costas procesales de primera instancia en contra de RV Inmobiliaria S.A.?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco su modalidad y duración, ni la labor de Directora de Arriendos, ejercida por la accionante al momento de su finiquito; las citadas conclusiones se corroboran con el contrato de trabajo y su otrosí, (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 31 a 37); certificación laboral (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 53); carta de terminación del vínculo laboral (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 109 a 110) y liquidación final de prestaciones sociales (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 113)

Auxilio de movilización y bonificación por publicidad

Lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si el auxilio de rodamiento y bonificación por publicidad tienen incidencia salarial para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, ya que la actora se queja de la intelección que llevó el A quo al determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados conceptos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, pues su causación depende del cumplimiento de sus obligaciones y funciones, además, por cuanto sus pagos son habituales y permanentes, de allí que junto a la bonificación y premios por crecimiento sean factor salarial, por manera se pueda liquidar sus acreencias laborales reclamadas, partiendo de los extractos bancarios que dan cuenta de las sumas recibidas por los conceptos aludidos.

Bajo tal contexto, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

> *"…es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del*

empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo…"

Señala además la CSJ que "*aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.*"

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que "*…por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.*"

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, se encuentra que la señora Lucelly Rodas García devengaba como salario básico la suma mensual de $1.217.000; además percibía comisiones y otros conceptos, tales como recaudo de publicidad y auxilio de rodamiento, los cuales, según otrosí suscrito entre las partes, (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 36) no tenían incidencia salarial en los términos del artículo 128 del CST.

Pues bien, respecto a la incidencia salarial de los conceptos antes transcritos y si debieron tener en cuenta por parte de la sociedad accionada para liquidar las prestaciones sociales durante la relación laboral y al momento del finiquito, se encuentra que los descritos encuadran perfectamente dentro de los conceptos respecto de los cuales, por su naturaleza, las partes pueden restarle incidencia salarial, ello, a partir de lo dispuesto en la citada preceptiva. Y es que si bien la flexibilización laboral que se desprende del artículo 128 del CST no debe admitirse automáticamente por cuanto la misma no es absoluta por el solo hecho de la suscripción entre los extremos que conforman la relación laboral, que en todo caso podría conllevar a negarle la condición salarial a conceptos que por ley la tienen, máxime que en materia laboral existen principios que refieren a la irrenunciabilidad de derechos indiscutibles, lo cierto es que en el plenario no existen elementos de juicio que controviertan el hecho del acuerdo contractual al que llegaron las partes en este litigio de desalarización respecto a los conceptos de recaudo de publicidad y auxilio de rodamiento, que en todo caso, no corresponden a pagos que conforme a la ley necesariamente debían ser admitidos como salario.

Frente al pago mensual de auxilio de movilización, nótese que su cancelación no está destinado a enriquecer el patrimonio de la trabajadora, pues, contrario a lo dicho por la censura, aquel emolumento, según lo indicaron las declaraciones vertidas al proceso, tales como Jeisson Manuel González Romero, Juan Gabriel Pulido, William Alexander Herrera Valbuena y Liz Johanna Monsalva Arias, inclusive la misma demandante al surtir el interrogatorio de parte, estaba destinado para desempeñar a cabalidad sus funciones, cubriendo sus desplazamientos y movilidad, en tanto que, según lo dijo ella *"si, todos los meses recibía un valor correspondiente a movilización por mi labor desempeñada como directora de la sucursal el cual consistía en desplazamientos varios a clientes y acompañamiento a mi gente de trabajo"*, es decir, que si bien se desprende de su dicho la habitualidad, empero correspondía a una necesidad específica que estaba implícita para que pudiese cumplir con la prestación del servicio, por manera que no se observa que con tal situación se violente disposición sustantiva alguna, insistiendo, en tanto que no resulta ser nada extraño atendiendo precisamente a la naturaleza de su labor.

Y en lo que hace al recaudo de publicidad, si bien ese valor también mantenía su habitualidad, en tanto que era cancelado mes a mes, también lo es que este se otorgaba a la sucursal para cubrir el costo que se genera por la publicación en las diferentes plataformas ya sean virtuales o físicas, de los inmuebles que eran entregados por los propietarios para su administración en arriendo, tal como lo explicaron de forma coherente y uniforme los testigos Jeisson Manuel González, Juan Gabriel Pulido, William Alexander Herrera Valbuena y Liz Johanna Monsalva Arias, por manera que, como bien lo apuntó el Juez de primer grado, tales pagos por su naturaleza no retribuyen el servicio.

Lo anterior, permite concluir, que el auxilio de rodamiento y el recaudo de publicidad, en manera alguna debían ser tenidos en cuenta como factor salarial por parte de la encartada al momento de liquidar las prestaciones sociales de la ex trabajadora, como tampoco para aportes a seguridad social, pues se itera, no retribuyen directamente su servicio, máxime cuando respecto de los pagos recibidos por dichos conceptos fue prevista su connotación salarial expresamente por las partes, la cual fue ratificada por la promotora del proceso al momento de absolver interrogatorio de parte, lo cual se ajusta a previsto en el artículo 128 del CST.

Razones más que suficientes para confirmar sobre este punto la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial los mentados conceptos, pues, contrario a lo dicho por la crítica, la Sala encuentra que en ningún dislate se incurrió.

Ahora, debe precisar la Sala que aunque los demás rubros que se hizo alusión en la demanda constituyen factor salarial, por así ser encontrados como tales el Juez de primer grado, es necesario acotar que del análisis en conjunto de las pruebas allegadas al proceso, como lo enseñan los artículos 60 y 61 del CPTSS, los extractos bancarios allegados al plenario, por sí solos no cuenta con capacidad demostrativa que permita establecer el verdadero salario mensual devengado por éste, pues repárese que la suma que figura en dicha prueba documental es un cálculo genérico, global y totalizado que no ofrece por tanto la contundencia y claridad requerida para determinar el monto mensual, no siendo dable entrar a suponer o efectuar cálculos acomodaticios a fin de obtenerlo, verbi gracia restando el auxilio de rodamiento y el recaudo de publicidad, por la potísima razón de que se desconoce el valor mensual de cada uno ellos.

En tal sentido y como quiera que el haz probatorio allegado por la parte actora para demostrar el valor de comisiones por productividad, crecimiento comercial y crecimiento neto no cuenta con la definitiva claridad y precisión que se requiere, no siendo posible despachar favorablemente esta súplica de la demanda bajo conjeturas que arrojen un

salario probable, debe considerarse para todos los efectos, que la demandante Lucelly Rodas García devengo como último salario durante la vigencia de la relación laboral el equivalente a la suma de $15.839.342, en tanto que así se indicó en el comprobante de nómina allegado al plenario por las partes, para el periodo de enero, mismo que sirvió para efectos de liquidar las prestaciones sociales y aportes pensionales de ese último mes.

Indemnización por despido sin justa causa

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce la apelante que el sentenciador primigenio incurrió en un desatino al dar por demostrada la justa causa para el despido, considerando que no incurrió en violación de la cláusula de exclusividad en tanto que no trabajó por cuenta propia en la sociedad Blue Smart Inmobiliaria, pese a su condición de accionaria que fungió un año atrás a la terminación del laborío.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, debe resaltarse que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en la página 109 y 110 del PDF que contiene el primer cuaderno digitalizado del expediente se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la actora emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa,

> "*con ocasión de los siguientes graves hechos:*
>
> *Entre las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo se encuentra la de prestar la labor contratada de forma exclusiva para la compañía, no pudiendo laborar a favor de otro empleador, ni trabajar por cuenta propia en labores similares o conexas a las que esté realizando en desarrollando del mencionado contrato.*
>
> *No obstante lo anterior, luego de haber recibido información sobre su participación en la constitución de la sociedad denominada "BLUE SMART INMOBILIARIA S.A.S.", que tiene por objeto social actividades iguales o similares a las de RV INMOBILIARIA S.A., procedimos a efectuar las averiguaciones correspondientes ante la Cámara de Comercio de Bogotá, donde pudimos confirmar que efectivamente usted participó como socio en la constitucional de dicha sociedad, que fue formal y legalmente registrada, lo que además de poder generar Competencia Desleal, implica violación a ese compromiso de exclusividad.*

Por tal motivo se le citó a que rindiera los descargos correspondientes y se le dio traslado de las pruebas obtenidas, pero en dicha diligencia usted no suministró explicación satisfactoria o que justificará su conducta.

En tal sentido, su conducta constituye una grave e injustificada omisión de una de sus principales obligaciones contractuales, que incluso también puede implicar violación a la obligación de fidelidad a que se refieren los Artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el cual y por constituir todo lo anterior una violación expresa de puntuales y claras obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias especialmente lo dispuesto por el Numeral 6° del Literal a) del Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el Numeral 1° del Artículo 58 de la misma codificación, no tenemos alternativa distinta que dar por terminado dicho contrato en la forma como se le está comunicando."

Como se observa la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se fundamentaron en que la actora irrumpió la cláusula de exclusividad pactada en el numeral primero de su contrato de trabajo, según la cual *"b) A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato"*, al participar como socio en la constitución de la empresa Blue Smart Inmobiliaria S.A.S. el 2 de mayo del 2013, cuyo objeto tuvo lugar básicamente a la prestación de servicios inmobiliarios en todos sus aspectos, como da cuenta el contrato constitutivo de la sociedad obrante en el informativo (Expediente electrónico, PDF 2016-640 C1, pág. 120 y s.s.).

Sobre la citada cláusula de exclusividad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya tuvo la oportunidad de examinar en un asunto de iguales contornos fácticos a los que ahora se estudia por esta Sala, precisamente en sentencia SL 1287-2021, aduciendo sobre tal aspecto que:

Así que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, para que la violación de la cláusula de exclusividad pueda constituir justa causa de despido, deben concurrir al menos tres circunstancias de hecho: (i) que las partes la hubieren consagrado en el contrato, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiese prestados servicios «de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad» a otro empleador y (iii) que ese incumplimiento contractual se encuentre catalogado como grave. (…)

En punto a lo dicho, el Colegiado consideró que como el demandante participó en la constitución de la sociedad Blue Smart Inmobiliaria SAS y recibió dividendos en su calidad de accionista, incumplió la exclusividad pactada con la compañía, conducta que en su sentir configuró competencia desleal, que no obstante que cedió sus derechos en el año 2015, no había extemporaneidad en la alegación de los hechos porque el empleador se enteró en el año 2016 y que si bien, no prestó servicios directamente, el trabajar sí lo hizo de manera indirecta por cuenta propia en el mismo oficio.

Ahora, si bien la Sala ha sido reiterativa en señalar que los jueces en las instancias están revestidos con la potestad de libre apreciación de las pruebas, salvo que se trate de hechos que requieran prueba solemne, conforme a lo dispuesto en el art. 61 del CPTSS, y que por tal razón la Corte, en principio, no procedería la casación la providencia de segunda instancia, también ha dicho que la sentencia del Tribunal se infirmará cuando sea manifiesta la disociación entre la aprehensión del juez y el medio de instrucción calificado en el que basó su decisión, error en el que incurrió el Colegiado en el sub lite al basar su decisión en que como el accionante participó en la constitución de la empresa Blue Smart Inmobiliaria S.A.S. y recibió dividendos de la misma, incumplió con la cláusula contractual, lo anterior a pesar de que «no prestó servicios directamente para la empresa constituida», pero entendió que si trabajo indirectamente por cuenta propia en el mismo oficio.

En otras palabras, lo que confirma esta Corte es que erró ostensiblemente el ad quem al deducir de las pruebas cuya valoración se censura, que como el demandante participó en la constitución de la sociedad Blue Smart Inmobiliaria SAS, incumplió la cláusula contractual de exclusividad, máxime que, a renglón seguido aceptó que no prestó servicios directamente para la empresa constituida para luego asumir, que por el hecho de constituir una sociedad con similar objeto social al de la demandada, sí trabajo indirectamente en el mismo oficio, además que recibió dividendos cuando no hay prueba dentro del proceso que acredite tal afirmación.

De lo que viene de analizarse, contrario a lo concluido por el Tribunal, no encuentra la Sala acreditado un incumplimiento grave de las obligaciones legales del trabajador, tampoco se acreditó un alcance o contenido distinto del acuerdo contractual pues, la obligación pactada se circunscribió a lo previsto en el artículo 26 del CST, bajo el entendimiento asignado por la jurisprudencia, esto es, a la prohibición al trabajador de prestar servicios del mismo género y variedad a los que ejecuta en favor del empleador con quien convino la exclusividad.

El supuesto dicho, debió acreditarse por el empleador demandado, sin embargo, los elementos de juicio y las mismas afirmaciones hechas por las partes, no dan cuenta de que el promotor del proceso si quiera hubiera ejecutado servicios, mucho menos similares o de la misma especie a los que contrato y prestó a la demandada, y no obstante que participó en la constitución de Blue Smart Inmobiliaria SAS y adquirió algunas acciones, que en 2015 cedió, fue en condición de accionista de dicha sociedad, como se desprende de su acto constitutivo (f. 118 a 132 y 154), que no como trabajador, contratista o en situación similar, por manera que mal podría afirmarse que se violó la prohibición.

Además de lo dicho, queda claro que la demandada no explicó y tampoco demostró, qué clase de servicios habría prestado el trabajador a Blue Smart Inmobiliaria SAS, en vigencia de la relación de trabajo, aunado a que no hay claridad de la forma como llegó a sus manos la documental en la que le informan acerca de la constitución de la empresa en el año 2016, esto fue, tiempo después de que el señor González Romero cediera sus acciones y dejara de ostentar la calidad de socio de la citada persona jurídica."

Entonces, haciendo suyo esta Sala el pasaje jurisprudencial traído a colación, en efecto, ninguna de las pruebas que se allegaron a este juicio lograron demostrar que la actora violó la cláusula de exclusividad, en tanto que los medios de convicción vertidos al proceso no dan cuenta que aquella hubiere prestado sus servicios personales a favor de Blue Smart Inmobiliaria SAS, ya sea forma directa o indirecta, ni por cuenta propia en el mismo oficio, de suerte que mal puede entenderse que por el hecho de haber participado en la constitución de la citada empresa, refleje sin equívocos infracción a la cláusula de exclusividad que se pactó, pues tal acto sólo muestra el querer de la promotora del juicio de crear empresa, situación amparada en la constitución política.

Y es que en lo que respecta a las pruebas testimoniales, es preciso señalar que ninguno de los deponentes, es decir, Jeisson Manuel González, Juan Gabriel Pulido, William Alexander Herrera Valbuena y Liz Johanna Monsalva Arias, afirmaron que la accionante desarrollaba actividades laborales a Blue Smart Inmobiliaria SAS, al tiempo que lo hacía con la encartada, en tanto que aquellos, solo se limitaron a destacar la participación que tuvo en la constitución de la empresa y su calidad accionaria, más no que efectuara laborales directa, indirectamente o por cuenta propia a favor de la citada empresa.

Todo lo cual lleva a concluir que erró el sentenciador de primer grado al colegir de los medios probatorios que estaba demostrado que el actor violó la cláusula, cuando todo el acervo probatorio informa cosa distinta, esto es, que la trabajadora no ejerció labor alguna

a la sociedad en la que realizó una participación accionaria, al punto que llama la atención de la Sala que el A quo obvio que ninguno de los medios de persuasión acreditaban que la falta grave estuviera calificada como tal en el reglamento interno de trabajo, contrato de trabajo o bien en otro texto contractual. Por consiguiente, se revoca la decisión absolutoria en tal sentido y, en su lugar, se declarará que el despido fue injusto, por lo que se condenará a la encartada a pagar la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 64 del CST.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **$97.558.614**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por la actora se enmarca en el literal "b" del Art. 64 en cita, en tanto que devengaba más de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	días	Subtotal Indemnización
$ 15.839.342	3/05/2004	2/05/2005	$ 527.978	360	**$ 10.559.561**
$ 15.839.342	3/05/2005	2/05/2006	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2006	2/05/2007	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2007	2/05/2008	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2008	2/05/2009	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2009	2/05/2010	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2010	2/05/2011	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2011	2/05/2012	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2012	2/05/2013	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2013	2/05/2014	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2014	2/05/2015	$ 527.978	360	**$ 7.919.671**
$ 15.839.342	3/05/2015	28/01/2016	$ 527.978	266	**$ 7.802.343**
TOTAL SANCIÓN					**$ 97.558.614**

Indexación

Se ordenará que dicha suma al momento de su pago sea indexada, teniendo como IPC inicial el 29 de enero del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Excepción de prescripción.

Debe dejarse claro que la relación laboral terminó el 28 de enero del 2016 y la demanda se interpuso el 4 de noviembre del 2016 (Expediente digital, PDF 2016-640 C1, pág. 495), por lo que se evidencia que entre una fecha y la otra no transcurrió más del término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del CST, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo del derecho reclamado con la demanda.

Perjuicios materiales y morales.

Es del caso recordar que la parte actora solicita que se condene a título de indemnización los perjuicios materiales y extrapatrimoniales o morales como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral, dado que dijo estar muy afligida con la decisión del empleador, pues luego de doce años de servicio fue despedida ilegalmente, además, indica que se siente maltratada en su honra al ser acusada injustamente de una deslealtad que nunca existió; que con ocasión de las condiciones personales de edad le es difícil encontrar trabajo y que dada la causal esbozada por la demandada como presunta justa causa, no pudo

conseguir trabajo en el ramo y se vio obligada a laborar como independiente, viendo afectados sus ingresos.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización, una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y el nexo de causalidad que debe existir entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos son considerados como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral, aduciendo que aquello le trajo consigo un perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, por lo que solicita su pago. Sin embargo, para la Sala es claro que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia de los perjuicios pretendidos, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del daño sufrido.

En ese sentido, y contrario a lo aducido por la actora, el daño no puede ser presumido a partir de la conducta que el empleador tomó al terminar la relación laboral, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se allegó medio de convicción tendiente a su demostración, de allí que al no estructurarse uno de los presupuestos, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende. En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue absolver a la demandada en lo que hace a esta pretensión.

Costas procesales en primera instancia.

Debe recordarse que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la encartada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el a quo al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa. En esas condiciones, se confirmará en lo que hace este punto la sentencia.

Costas procesales en segunda instancia.

Las costas serán a cargo de la parte demandada, toda vez que fue vencida en esta instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

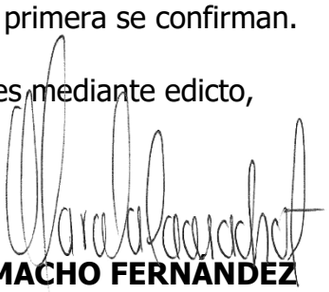
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 2 de la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** que la terminación del vínculo laboral que unió a las partes fue sin justa causa y, en consecuencia, **CONDENAR** a **RV INMOBILIARIA S.A.** pagar a **LUCELLY RODAS GARCÍA** la suma de **$97.558.614** a título de indemnización por despido injusto, que al

ser cancelada deberá ser indexada, teniendo como IPC inicial el 29 de enero del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **RV INMOBILIARIA S.A.** Las de primera se confirman.

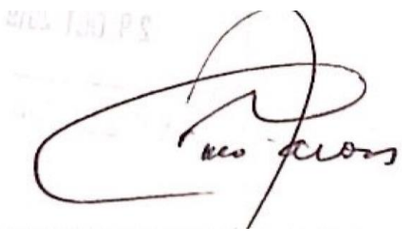
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

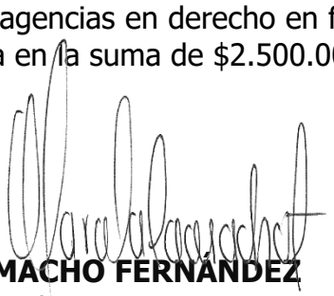


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **LUCELLY RODAS GARCÍA** y a cargo de la demandada en la suma de $2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA
Demandado:	COLPENSIONES, AFPS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN SA.
Radicación:	34-2019-00426-01
Tema:	APELACIÓN - INEFICACIA TRASLADO – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Enrique García García, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, con el propósito de que se declare que la afiliación hecha al régimen de ahorro individual es nula e ineficaz y que por tanto la misma no produjo efecto alguno. En consecuencia, solicitó se disponga a su favor el traslado a Colpensiones de la información y dineros aportados como si el traslado nunca hubiere existido; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el inició de su vida laboral perteneció al régimen de prima media con prestación definida, presentando su primera afiliación al ISS el 17 de octubre de 1978; posteriormente desde el 5 de mayo de 1980 al 20 de noviembre del 2020 cotizó un total de 444.57 semanas a Caprecundi. Indicó que se afilió al régimen de ahorro individual desde junio de 1996, cotizando a Colmena hoy Protección y con posterioridad, es decir, en diciembre de 1999, a Porvenir SA, donde ha permanecido hasta la actualidad.

Narró que, tanto en la afiliación inicial, como en el transcurso de la vinculación con las demandas, no recibió ninguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, pues sólo recibió información que le motivara afiliarse y mantenerse en el RAIS. Explicó que dentro de la información proporcionada por el fondo privado de

pensiones se esgrimieron argumentos como la desaparición del régimen de prima media con prestación definida, inseguridad en el pago de pensiones por el ISS y la definitiva ventaja económica de ser pensionado por el Régimen de Ahorro Individual. (fol. 1-14).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 72); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Al dar contestación de la demanda se opuso a las pretensiones de esta argumentando que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad, por el contrario observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas.

Evidenció que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU – 062 de 2010, ni el contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para el traslado. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (fol. 82 a 98).

3.2. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y, en general todo lo atinente a la regulación en materia pensional, asesoría que se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de suscripción, el cual se encuentra revestido de legalidad, sin hallarse en él constancia que vicie el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexiste de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración, seguro previsional, prescripción y genérica. (fol. 126 a 131).

3.3. AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que le otorgó una asesoría veraz, íntegra y oportuna, en la medida que se le informó las implicaciones del traslado, así mismo sobre las condiciones de operación y funcionamiento del régimen de ahorro individual y de sus circunstancias pensionales individuales. Llamó la atención por el hecho que el actor se vinculó a varias administradoras de fondos de pensiones privadas desde el año 1994 y curiosamente jamás expresó inconformidad por ausencia de información, al contrario, sus afiliaciones y pago sucesivo de aportes demostraban de manera inequívoca su aceptación con el régimen de ahorro individual. Propuso como

excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica. (fol. 153 a 173).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte actora.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, Decreto 720 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, quedó demostrado que la pasiva Colmena hoy AFP Protección SA cumplió con su deber de brindar asesoría e información objetiva, suficiente y clara al demandante en atención su situación pensional y sobre los efectos del traslado que realizó el 27 de junio de 1995, en armonía a la confesión que realizó el actor en su interrogatorio de parte.

En ese sentido indicó que, dada la confesión que efectuó el actor, se demostraba que tenía conocimiento sobre la forma en cómo funciona el sistema o el régimen del RAIS, evidenciando que se le suministró suficiente información para efectos del traslado, en tanto que conocía sobre la apertura de la cuenta individual de ahorro para efectos de su pensión, oportunidad en la que también le informaron sobre las características del RAIS, en especial la forma en cómo se iba a financiar su pensión y los denominados rendimientos o intereses. Por lo que concluyó que debía absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cd a fol. 210).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación argumentando que la confesión debe ser analizada con los demás medios probatorios en su conjunto. Indicó que nunca discutió que en el momento de la afiliación haya sido obligado y, por tanto, lo que debía plantearse es si recibió la asesoría correcta y que le ayudará a dimensionar la decisión que estaba tomando. Así, aludió que, si bien recibió alguna información sobre las características del fondo, pero no se realizó la comparación respecto del otro régimen, en tanto que el asesor únicamente le informó que en el ISS se iban a quedar si pensión. Refirió que recibió asesoría de las cosas buenas del fondo de pensiones, pero no las desventajas del régimen de ahorro individual y los riesgos de la decisión que estaba tomando. (Cd a fol. 210).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que en el presente caso no existió confesión como lo asumió el juzgado de instancia, en tanto que nunca entendió, comprendió ni supo que era lo riesgoso del régimen de ahorro individual, tampoco sabía los elementos del régimen de prima media que estaba abandonando. En ese sentido, sostuvo que entendió como asesoría la supuesta entrega de promociones y regalos que le prometió el agente comercial del fondo privado, pero nunca quedó probado ni confesado que ese asesor o promotor hubiera entregado un paralelo entre los regímenes de pensiones, ni tampoco que le comentara o informara algún riesgo de pasarse al régimen de ahorro individual o las posibles ventajas de permanecer en el fondo de prima media.

6.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

6.3. Colpensiones. Alegó en su favor que al momento de la solicitud del retorno al RPM, en el año 2019 el demandante contaba con 60 años pues nació el 05 de julio de 1959, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Además, refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante, Porvenir y Protección por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el actor se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que tal como lo coligió el Juzgador de primer grado, el estudio del cambio de régimen pensional

fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Jorge Enrique García García cotizó al ISS entre el 17 de octubre de 1978 al 15 de marzo de 1979, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 25 y 26); además, realizó aportes pensionales en calidad de servidor público, en forma interrumpida desde el 5 de mayo de 1984 al 20 de noviembre de 1990, según certificado de información laboral expedido por la Contraloría de Cundinamarca (fol. 30 a 33); y que el 27 de junio de 1995 firmó el formulario de afiliación con Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección SA; posteriormente el 9 de diciembre de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir SA, sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del actor. (fol. 20 a 24)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a entidades financieras, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que el afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el

silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable, para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la Cesantías y Pensiones Colmena hoy AFP Protección SA y AFP Porvenir SA, como equivocadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Jorge Enrique García García** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

No siendo suficiente con que aquel haya declarado en su interrogatorio de parte que conocía de algunas de las condiciones y características del régimen al señalar que los aportes pensionales y sus rendimientos iban enrutados a una cuenta de ahorro individual, que al reunirse con el asesor durante 20-30 minutos diligenció el formulario junto con su Secretaría y este le informó de la desventaja de quedarse en el ISS ante el cúmulo de afiliados que ostentaba y la posible disminución de recursos para solventar las pensiones a su cargo; que le indicarán beneficios como entrega de premios y actividades de fin de año, dividendos, ganancias en los ahorros que tenían; los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia y bonos pensionales; pues tales aseveraciones nada demuestran en torno al conocimiento que pudo tener el accionante sobre el RAIS, y contrario a ello, lo que sí denota es que tenía discernimiento sobre las ventajas del régimen, más no las desventajas y riesgos que le implicaba el traslado y afiliación a la AFP.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar al promotor de la litis información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca el A quo al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ

SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en sus contestaciones de demanda.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFPs los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir las AFPs PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL 1421 de 2019 y SL 1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Conclusión

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** antes **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento

en que se surtió la afiliación hasta el momento en que el actor decidió trasladarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna y de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación del demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

Costas

En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 27 de junio de 1995 a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** antes **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** antes **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de

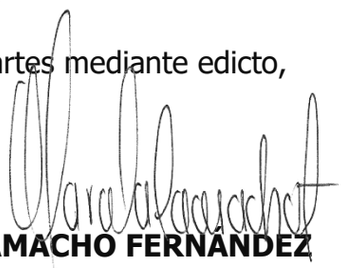
Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas.

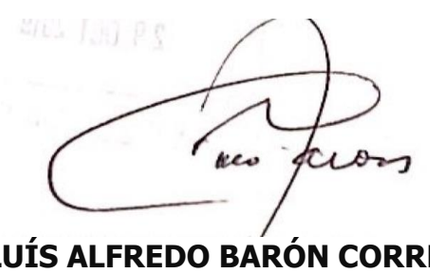
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

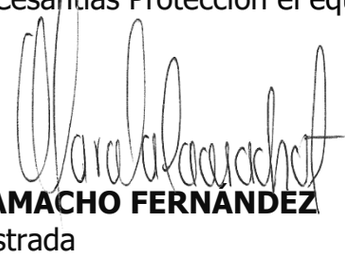


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **JORGE ENRIQUE GARCÍA GARCÍA** y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SERGIO AUGUSTO BEJARANO
Demandado: FLORENCIO CAMACHO TRIANA
Radicado No.: 05-2019-00025-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACION - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. ASDRÚBAL CORTES LÓPEZ, identificado en legal forma, como apoderado de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sergio Augusto Bejarano, instauró demanda ordinaria contra el señor Florencio Camacho Triana, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo realidad desde el 8 de diciembre de 2008 hasta el 7 de febrero del 2018, devengado como salario la suma de $1.200.000. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, descanso obligatorio, indemnización moratoria y al "*pago de las sanciones de ley por la no afiliación a la seguridad social".*

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratado de forma verbal por el señor Florencio Camacho Triana, para laborar como conductor y transportar detergente desde el 8 de diciembre del 2008 al 7 de febrero del 2018. Indicó que recibía la suma de $1.200.000, sin embargo, el demandado no lo vinculó a seguridad social, tampoco le canceló prestaciones sociales y vacaciones. (Expediente digital, PDF 11001310500520190002500, pág. 1 a 7 y 19).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, en tanto que el actor cobraba por viaje efectuado, previo a los controles de las empresas intermediarias y sin ningún tipo de subordinación. Refirió que a todo conductor se le cancelaba semanalmente de acuerdo a las tarifas previamente acordadas. Expuso que la carta elaborada y firmada para el demandante, se debió a un

favor solicitado por aquel para el trámite ante un banco, aludiendo que al trabajador semanalmente le pagaba la suma de $400.000 y $500.000 por los viajes realizados.

Esgrimió que las obligaciones del pago de la seguridad social estaban a cargo del contratista y referente a las demás pretensiones no existe obligación para su pago, puesto que en el contrato de prestación de servicios está regido por la legislación civil. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción parcial de la obligación, pago total de la obligación en el contrato civil de prestación de servicios y genérica. (Expediente digital, PDF 11001310500520190002500, pág. 27 a 38).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo realidad entre el 8 de diciembre de 2008 y 7 de febrero del 2018 y, en consecuencia, condenó al demandado a pagar a favor del actor auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización moratoria, cálculo actuarial por aportes pensionales.

Para los fines que interesan al recurso, partió de que las partes no discuten la prestación del servicio personal del actor en favor del demandado, por lo que surge la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, misma que adujo no fue derruida por el demandado, en tanto que las documentales aportadas, entre esas la certificación y el formulario del actor, no daba cuenta de la existencia y características del vínculo civil, máxime cuando la labor ejercía por actor no era técnica ni científica.

Agregó que la actividad objeto de los contratos de prestación de servicios debía ser limitada y temporal, y no como sucedía en este asunto, toda vez que el actor estuvo vinculado durante diez años, cumpliendo la misma función de conductor. Bajo lo dicho, indicó que no existían elementos de prueba que permitieran inferir la existencia del nexo contractual de índole civil, por lo que debía declarar el contrato de trabajo. (Expediente digital, audio Audiencia Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00025 00 (2))

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que de conformidad con el artículo 23 del CST deben concurrir los tres elementos del contrato del trabajo, los cuales a su juicio no se lograron demostrar, en tanto que el salario no estaba probado, toda vez que los pagos se hicieron como consecuencia del contrato verbal de prestación de servicios, que incluso en muchas veces superaron el $1.200.000. Mientras que la subordinación dijo que tampoco se hallaba demostrada comoquiera que el actor se presentaba cuando él quería y, además, era autónomo en tanto que la tarifa que le cancelaba dependía si tomaba o no los viajes. Por último, señaló que el A quo no le dio valor a la documental aportada, como lo fue la certificación aportada, ni a la afiliación al fondo de pensiones que hizo el promotor de la litis como independiente. (CD fol. 150)

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante. En su escrito aludió a que se encuentra demostrado que laboró para el demandado, desde el día 8 de diciembre de 2008 hasta el 7 de febrero de 2018, cuyas funciones consistían en conductor transportador de detergente, situaciones que se logran establecer con el interrogatorio de parte practicado.

5.2. Parte demandada. En sus alegatos esgrimió que al tenor del artículo 23 del CST, el contrato de trabajo verbal no esta probado en tanto que la actividad laboral del

trabajador la realizaba este o cualquier conductor que estuviese disponibles; no existía subordinación para con el empleador, según testimonios y declaración del mismo actor, además, pagaba los ayudantes en forma directa; ni tenía salario como retribución del servicio, pues le cancelaba semanal o quincenalmente de acuerdo con los viajes efectuados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿El señor Florencio Camacho Triana, fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

Relación laboral

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como*

retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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».”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor Sergio Augusto Bejarano al señor Florencio Camacho Triana, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió el demandado, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de Florencio Camacho Triana, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Sergio Augusto Bejarano ejecutó la labor de conductor a través de un contrato de prestación de servicios como tampoco que la remuneración dependía de los viajes que realizará, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el promotor de la litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, entonces, ante tal falencia probatoria, surge para la Sala, como lo hizo el A quo, tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada la apelación.

Ahora, se debe tener en cuenta que los medios de convicción allegados por la parte actora permiten corroborar que, contrario a lo dicho por el demandado, la labor ejecutada por el actor no se desarrollaba en forma autónoma e independiente, conclusión a la que se arriba luego de escuchar el interrogatorio que se le hizo al demandado, el cual deja entrever que, aunque refirió en múltiples oportunidades que la labor del actor y su remuneración dependía de los viajes que realizaba, también es claro que tal situación solo demuestra que la actividad del actor se encontraba subordinada, entre otras cosas porque el actor debía estar disponible para efectos de realizar la tarea encomendada y, por ende, existía coordinación, programación, establecimiento de horario, cantidad de trabajo y supervisión del encartado.

Tal afirmación, además, denota que la labor el actor no era extraña a la actividad comercial que desempeña el demandado en el transporte de detergente, ni ocasional en la empresa, pues se prestó durante más de 10 años, por lo que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil, no sólo para conducir y transportar el detergente, sino, en muchas veces como apoyó a sus compañeros de trabajo.

De hecho, tal situación se apoya, además, con la certificación laboral que se adosó al informativo y que es fechada el 2 de agosto de 2016, en donde da cuenta que el promotor del proceso trabajó para él, devengando un salario de $1.200.000 y si bien en ella se aduce que la relación se situó bajo un contrato de prestación de servicios, tal situación no es suficiente para derruir su fuerza demostrativa, que no es otra que la prueba de la prestación del servicio subordinado, con el agravante de indicarse el salario.

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró en virtud de la solicitud que realizó la demandante, encuentra la Sala que ello sólo quedó en una simple afirmación, ya que no se soportó en ningún elemento de prueba que permita dar fiel certeza de que tal situación aconteció. Por el contrario, lo que sí refleja sin asomo de duda que la certificación fue creada por el demandado, pues viene respaldada con su firma, de manera que no hay ninguna razón para dudar de ella, máxime cuando no se formuló sobre aquella tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

A propósito, sobre el valor que se debe dar a dichas certificaciones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado ampliamente que el:

> "*El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (…)" (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)*

En esta perspectiva, se concluye que el Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, pues es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis, por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte del accionado, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra. A lo que se suma, encontró probado el salario conforme a la certificación que el actor allegó.

Además, la anterior conclusión no se puede desechar por el hecho de que el actor se haya afiliado como trabajador independiente al subsistema de seguridad social en pensiones, pues aquel documento tampoco tiene la fuerza demostrativa para socavar la presunción de la que es beneficiario el actor. En este punto vale la pena resaltar que el citado documento se pierde de vista cuando es claro que dada la naturaleza de la actividad que realizó el gestor del proceso, esta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, en atención a que sus labores no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requería en virtud de la actividad comercial que realiza el encartado, tampoco científica y técnica.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor del señor, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó el Juez primigenio.

Costas.

En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandado y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

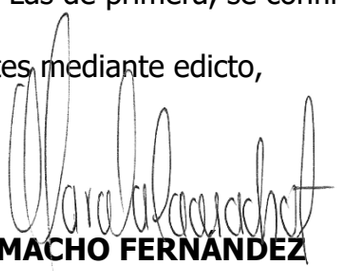
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo del señor Florencio Camacho Triana. Las de primera, se confirman.

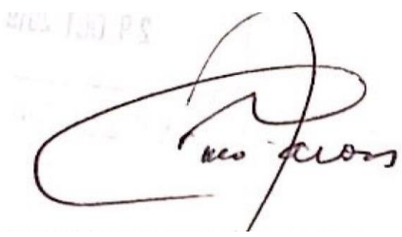
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

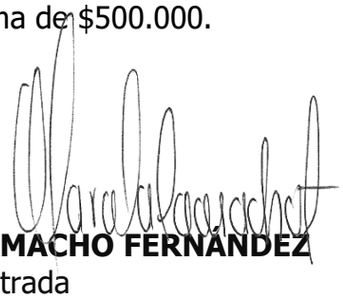


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Sergio Augusto Bejarano y a cargo del demandado en la suma de $500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARÍA EUGENIA ARCINIEGAS ROSERO
Demandado:	COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
Radicación:	1100131050-26-2019-00772-01
Tema:	CONSULTA SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Eugenia Arciniegas Rosero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos SA con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. En consecuencia, se ordene a AFP Colfondos S.A., trasladar la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual junto con los rendimientos a Colpensiones, y a esta última recibir dichos aportes. Así mismo, solicitó se declare que cumple con los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para acceder al régimen de transición. En esa medida, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho en los términos del régimen de transición.; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 8 de marzo de 1957 y desde el 4 de julio de 1986 hasta la fecha se encuentra vinculada laboralmente a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Ipiales. Adujo que a partir de la fecha en que ingresó a laborar a la DIAN, realizó sus aportes por concepto de pensión a la Caja de Previsión Social, acto que se prolongó hasta cuando efectuó su traslado del RPMPD al RAIS. Refirió que el 11 de julio de 2001 un asesor de ventas de Colfondos S.A. visitó su lugar de trabajo y reunió a los empleados de División Administrativa y Financiera de la DIAN Ipiales, quien les informó de manera

general que si efectuaban la afiliación a ese fondo de pensiones y se trasladaban de régimen, tendrían mejores beneficios pensionales, toda vez que se podrían pensionar a la edad que quisieran con un monto superior al que le sería pagado por CAJANAL o por el ISS, por manera que no fue asesorada en debida forma. En consecuencia, el día 11 de julio de 2001 diligenció el formulario de afiliación suministrado por la citada AFP (fol.2).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 84); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que obran medios de prueba suficientes para determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, además, se le suministró de forma clara y precisa los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del RPMPD con destino al RAIS. Así mismo, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 art. 2 literal e). Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fol. 87 y ss.).

3.2. AFP Colfondos S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que, si le brindó a la actora asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, características, funcionamiento del mismo, diferencias entre los dos regímenes y ventajas y desventajas de este. Adujo que la afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, en donde quedó plasmado su consentimiento en señal de aceptación. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causa de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercer y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fol. 125 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de abril de 2021, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Así mismo, condenó a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con los establecido en la Ley 33 de 1985, teniendo como ingreso base de liquidación el promedio devengado en los 10 últimos años de servicio o durante toda su vida laboral, aplicando el que sea más favorable a la accionante y contabilizando hasta la última semana cotizada con una tasa de reemplazo equivalente al 75% y una mesada adicional al año. Dispuso condena en costas a la AFP Colfondos S.A.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, frente a la interpretación del art 13 literal b) y art. 271 de la ley 100 de 1993, que advierte que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no ineficaz. Sostuvo que desde la creación de las AFPs tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen. Adujo, que la carga de la prueba le corresponde a la AFP y, por tanto, no podía hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante por parte de la AFP Colfondos, quienes tampoco le explicaron que perdería su derecho de pensionarse con el régimen anterior al cual se encontraba afiliada, teniendo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición.

En relación al reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo establecido en el régimen de transición del art 36 de la ley 100 de 1993, adujo que la actora para el 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, toda vez que nació el 8 de marzo 1957, siendo beneficiaria del mismo. Además, el Acto Legislativo 01 de 2005 contempló que el régimen de transición se mantendrían para aquellas personas que a la entrada en vigencia del mismo contarán con más de 750 semanas cotizados o 15 años de servicio, presupuesto que igualmente cumplía la demandante, quien contaba con más de 700 semanas cotizadas por lo que su régimen de transición se garantiza hasta el 31 de diciembre de 2014.

En tal sentido, señaló que debe aplicarse el régimen anterior al que se encontraba afiliada en este caso la Ley 33 de 1985, en razón que desde 1986 se encuentra laborando en la DIAN y afiliada a CAJANAL, normatividad que contempla que son beneficiarios de la pensión de vejez aquellas personas con 55 años y 20 años de servicio requisitos que la accionante cumplió, con un tasa de reemplazo del 75%. Adujo, que como la demandante se encuentra aun cotizando o laborando Colpensiones deberá tener en cuenta todas las semanas cotizadas, además, que para hallar el IBL lo deberá efectuar con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o durante toda su vida laboral.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En sus alegaciones esgrimió que está acreditado en el expediente que el traslado de régimen de pensión realizado es ineficaz, toda vez que es beneficiaria del régimen de transición, dado que para el 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, si en cuenta se tiene que nació el 8 de marzo de 1957, acontecimiento que demuestra con suficiencia el engaño del cual fue objeto para que realizara su traslado al Fondo de Pensiones Colfondos S.A., dado que las condiciones en el régimen de transición son más favorables que las prevista para el de prima media con solidaridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Sí en virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad?

- ✓ En caso positivo, se determinará de manera consecuencial, ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora en virtud del régimen de transición y con aplicación de la Ley 33 de 1985?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María Eugenia Arciniegas Rosero cotizó a CAJANAL entre los periodos del 4 de julio de 1986 hasta el 31 de julio de 2001 conforme se avizora de las certificaciones laborales expedidas por la DIAN (fol. 13-14). Posteriormente, se trasladó a la AFP Colfondos SA el día 11 de junio de 2001 como se evidencia en el formulario de afiliación (fol. 9), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Sea lo primero advertir que el *a quo* declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante con destino al RAIS, por considerar que la AFP no acreditó que dicho acto estuvo precedido de la debida información, conforme lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, decisión que no mereció ningún reparo por la AFP, de suerte que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que tal devolución no se encuentra en cabeza de la UGPP en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes a CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe

entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL 2817 de 2019). Adicionalmente, la Ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones la titularidad de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de esta mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asuman dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los *"causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras"*, casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que CAJANAL cesó su función de administradora, contaba con 52 años de edad, por haber nacido el 8 de marzo de 1957, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por aquella a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción

alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante. Se recalca que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la accionante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando sin efectos la vinculación que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Pensión de vejez

Respecto al problema jurídico que consiste en determinar si Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez a la accionante en virtud del régimen de transición, debe recordarse que la presente litis se encaminó dicho pedimento bajo el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, esgrimiendo como sustento fáctico la prestación de servicios de la actora como empleada pública de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas – seccional Ipiales, ejerciendo el cargo de Facilitador Grado IV, código 104 en el Grupo Interno de Trabajo de Comercialización de la División de Gestión, Administrativa y Financiera, desde el 4 de julio de 1986 y que la cobija el régimen de transición previsto en artículo 36 de Ley 100 de 1993.

Frente a la invocada prestación de servicios como empleada pública ninguna discusión existe al respecto, pues sin dificultad emerge de la certificación adosada a folio 11 del instructivo, donde consta ciertamente que la actora labora al servicio de la DIAN desde el 4 de julio de 1986. Sin embargo, vista la argumentación jurídica y fáctica expuesta por la señora María Eugenia Arciniegas Rosero, como sustento de la pretensión del reconocimiento pensional, se advierte que no se encuentran reunidos los presupuestos procesales que hagan procedente una decisión de fondo, por cuanto la jurisdicción ordinaria laboral no tiene competencia para dirimir la prestación económica que se demanda.

Lo anterior, por cuanto en los términos del numeral 4° del artículo 104 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisdicción en mención conoce de las controversias y litigios relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los

mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, como acontece en el presente asunto, siendo la excepción los conflictos que se generan en materia de seguridad social con respecto a trabajadores oficiales de las entidades del estado, situación que no acontece en el proceso.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 28 de febrero de 2006, radicación 26.690, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, citada en sentencias 26.649 de 30 de junio de 2006, 27.561 de 18 de septiembre de 2007, 30.517 de 22 de abril de 2008 y 29.775 de 15 de octubre de 2009, expresó:

> *"(...)"*
>
> *"El elemento definitivo para determinar la competencia es, ahora, objetivo: la prestación pretendida y no el carácter del sujeto obligado. Así se colige no tanto de la literalidad del precepto examinado, sino de la teleología de la misma, que no es otra distinta a la de atribuir a una sola rama de la jurisdicción el conocimiento de las controversias en este campo, con el fin de alcanzar el objetivo de unidad jurisprudencial y no que diversas jurisdicciones puedan pronunciarse sobre unas mismas prestaciones corriendo el riesgo de que se produzcan doctrinas contrapuestas, situación que el legislador quiso evitar.*
>
> *"Pero esa regla procesal no es absoluta, porque –se reitera-, la pretendida unificación en el aspecto pensional no se pudo lograr en 1993, dadas las dificultades materiales señaladas. He allí la razón para que, ante la subsistencia de regímenes de pensiones que no obedecen al nuevo sistema integral, al quedar por fuera de éste deviene con obviedad que los conflictos jurídicos suscitados con relación a pensiones de los regímenes de excepción no necesariamente sean del conocimiento de los jueces del trabajo.*
>
> *"Ello fue advertido en las sentencias del 6 de septiembre (Radicados 12054 y 12289). Se dijo desde aquel entonces que las disparidades surgidas respecto de personas que ostentan la condición de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debían ser disputadas ante la jurisdicción contenciosa, criterio reiterado el 21 de noviembre de 2001 (radicación 16519).*
>
> *"Las excepciones a la regla general de la competencia de la jurisdicción laboral para resolver los litigios atinentes a las pensiones que conforman regímenes especiales, no regulados íntegramente por la Ley 100 de 1993, han sido ratificadas aun después de la reforma introducida por la Ley 712 de 2001.*
> *"En reiterados fallos en los que ha sido debatido el tema del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, después de las reformas de las leyes 362 de 1997 y 712 de 2001, ha sostenido la Corte que la asignación de competencia a los jueces laborales excluye, por excepción, ciertas controversias que son actualmente del conocimiento de los tribunales administrativos, en lo cual coincide ahora el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia se manifiesta con mayor amplitud en la sentencia del 30 de abril de 2003 (radicación interna 581-02)."*

Por lo expuesto, encontrándose acreditado que la demandante efectúa cotizaciones como empleada pública y al declararse válida la afiliación a COLPENSIONES, entidad de derecho público conforme lo establece la Ley 1151 de 2007 y Decreto 309 de 2017, es clara la falta de jurisdicción y competencia para resolver la controversia relativa al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación pretendida, por tanto, habrá de revocarse la decisión de la falladora de primera instancia, sobre el reconocimiento pensional efectuado a favor de la promotora del proceso, para en su

declarar que carece de falta de jurisdicción y competencia para conocer de la pensión solicitada por esta.

Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito, para en su lugar **DECLARAR** la falta de jurisdicción y competencia sobre la pretensión tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, absteniéndose la Sala de emitir pronunciamiento al respecto, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

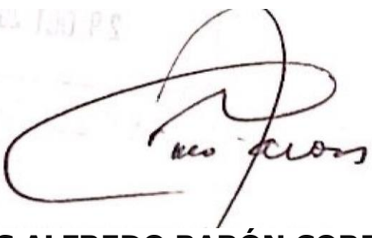
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ALMA GERTRUDIS CHAMAT LOZANO
Demandado:	COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	1100131050-02-2017-00730-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alma Gertrudis Chamat Lozano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y se declare que nunca estuvo afiliada al RAIS. En consecuencia, se dispusiera a su favor que quede inscrita en el RPMPD administrado por Colpensiones, y esta última acepte el traslado. Igualmente, solicita se condene a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en la cuenta individual, además, se condene a la AFP Porvenir el pago de una indemnización económica por los perjuicios y morales causados; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 de mayo de 1961 y empezó a laborar a partir del 17 de mayo de 1988 hasta el 10 de junio de 1988 y entre el 21 de junio de 1988 hasta el 30 de junio de 1996 al servicio de la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Tunja, efectuando cotizaciones en CAJANAL. Adujo, que posteriormente se vinculó a la Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- seccional Manizales efectuando cotizaciones en CAJANAL, y desde el 1 de septiembre de 1999 se encuentra vinculada laboralmente al servicio de la Rama Judicial en diferentes seccionales de la Dirección ejecutiva cotizando a la AFP Porvenir SA.

Señaló, que suscribió el formulario de afiliación con la AFP Porvenir el día 25 de agosto de 1999, la cual no contaba para ese momento con personal experto, ni profesional en el conocimiento o formación en pensiones, quienes la indujeron a trasladarse sin recibir ningún tipo de explicación racional, clara y objetiva de todos y cada uno de los efectos jurídicos que enfrentaría por su traslado de régimen, por manera que no fue asesorada en debida forma (fol. 1 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 101); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Actuación procesal. En audiencia del 11 de febrero de 2019, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario, en consecuencia, se ordenó notificar a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP (fol. 213 y ss.).

4. Contestación de la demanda.

4.1. Colpensiones. Contestó la demanda señalando que carece de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que la demandante se trasladó al RAIS estando afiliada a CAJANAL hoy UGPP desde el año 19998, administradora a quien se le debe solicitar aceptar el traslado, toda vez que Colpensiones no cuenta con la facultad de aceptarlo. Además, manifestó que no le asiste derecho a lo pretendido, ya que la misma se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, para poder efectuar el traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones previas las de falta de legitimación en la causa por pasiva y no comparecer en la demanda todos los litisconsortes necesarios y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (fol. 102 y ss.).

4.2. AFP Porvenir S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen efectuado por la accionante se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como lo hace constar, de manera expresa al imponer su firma dentro del documento. Resaltó que los funcionarios de la administradora son permanentemente capacitados a fin de que al momento de la afiliación puedan suministrar toda la información y asesoría idónea, completa y necesaria a sus clientes y potenciales afiliados. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP Porvenir, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica (fol. 144 y ss.).

4.3. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda manifestando que la UGPP no tiene el deber de reconocer situaciones pensionales derivadas de un supuesto error en el que se hizo incurrir a la actora por parte de la AFP Porvenir S.A. Indicó que en caso de prosperar la excepción debía condenarse a la entidad que la indujo en error, condenando al pago de la pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de responsabilidad de la UGPP- la AFP demandada debe responder por la eventual condena, reconociendo la pensión de vejez de la actora, en una cuantía igual a la que le hubiese correspondido en el RPMPD, falta de legitimación en la causa de mi representada, buena fe, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no existe prueba

de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción y la innominada (fol. 261 y ss.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de mayo de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la actora y que hubiere recibido producto de la afiliación de la misma a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

Así mismo, ordenó a Colpensiones recibir los aportes de la accionante, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación de oficio en relación con la UGPP, entidad que absolvió de todas las pretensiones incoadas. Dispuso el pago de costas procesales a la AFP Porvenir SA.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, en el sentido que la carga de la prueba le corresponde a la AFP y, por tanto, no podía hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante, tal como se evidenció en el interrogatorio de parte de la actora. Sostuvo, que las AFPs desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su situación pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen. Respecto al pago de la indemnización de perjuicios solicitada, el despacho manifestó que no se demostró la causación de ningún perjuicio moral ni material y no accedió a la misma.

Frente a la excepción de falta de causa por pasiva propuesta por Colpensiones, indicó que el artículo 52 de la ley 100 de 93 asignó al ISS la competencia general para la administración del RPMPD y prohibió la creación de nuevas Cajas o fondos de previsión, en consecuencia, CAJANAL quedó temporalmente habilitada para administrar el RPMPD, pero por medio el D. 2196 del 2009 se ordenó su liquidación, disponiendo el art. 4 de esta normatividad el traslado de sus afiliados al ISS. Por lo anterior, señaló que, al declararse la ineficacia de la afiliación de la actora, ésta regresara automáticamente a Colpensiones por ser la administradora del RPMPD.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. AFP Porvenir SA. Interpuso recurso de apelación argumentando que, la inconformidad de la accionante radica únicamente en su monto pensional, sin embargo, sostiene que cualquier proyección que se realizará al momento de la afiliación solo es un presupuesto basado en variables que son inciertas y que la falta del mismo no tiene como fin afectar la voluntad de la afiliada, ni la eficacia del acto jurídico del traslado.

Así mismo, arguyó que si existe constancia de la voluntad de la actora, la cual dejó plasmado en el formulario de afiliación cuando realizó el traslado de régimen, mismo que contiene información importante y deja en evidencia el pleno conocimiento por parte de la promotora del proceso respecto de los requisitos y características propias del RAIS. Resaltó que, en el interrogatorio de parte de la demandante, ella reconoce que desde un principio aceptó que si no se cambiaba de régimen iba a perder los aportes, además,

adujo que ella desde el momento del traslado era Juez Penal y al tiempo trabajó para la Rama Judicial, por lo que su formación legal le permitía por lo menos revisar el formulario que ella se encontraba firmando.

Además, señaló que la AFP Porvenir cumplió con el deber de información adecuada y suficiente para la época del trasladó, que le no es dable probar situaciones que le eran ajenas para dicha época y se le imponga la carga de la prueba a la AFP. Finalmente, se opone a la devolución de los gastos de administración, los cuales son expresamente autorizados por disposición ley a favor tanto de las administradoras del RAIS y del RPMPD, que constituyen la contraprestación por los servicios de la administración de los recursos de la cuenta individual de la afiliada, gastos que también fueron invertidos en portafolios de los cuales la actora se vio beneficiada, con los rendimientos que se han abonado a su cuenta individual, y en consecuencia se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

6.2. Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación, en relación a tres aspectos: 1) la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; 2) la accionante nunca ha estado afiliada al ISS hoy Colpensiones y 3) se encuentra inmersa en la prohibió para realizar el traslado al RPMD. De esta forma, concluyó que la accionante siempre estuvo afiliada a CAJANAL hoy UGPP y por lo tanto, no es responsabilidad de Colpensiones aceptar dicho traslado.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. Indicó que la operadora judicial realizó un análisis minucioso del material probatorio allegado, encontrando, que no estaba acreditado, por parte de la AFP demandada, el cumplimiento de su deber de información; el cual se reitera, es exigible desde su creación, de conformidad a lo sostenido por la jurisprudencia, en donde se insta a todos los operadores judiciales a verificar sí en efecto las AFPS le brindaron al afiliado la información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, para lo cual se ha dicho, opera una inversión en la carga de la prueba, es decir que quien tiene que acreditar que cumplió con dicho deber es la AFP, puesto que es quien cuenta con los recursos jurídicos, técnicos y administrativos para hacerlo, asegurándose que esto obedece a una regla de justicia.

7.2. UGPP. En sus alegatos arguyó que no está llamada a responder por las pretensiones de la demanda, en tanto se predica una falta de legitimación en la causa por pasiva, misma que resultó probada por parte del A quo, en la medida que de conformidad al artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y los artículo 2 y 6 del Decreto 5021, no es administradora de pensiones, y una vez verificada la lista de funciones, no se encuentran las efectuar la captación, consecución, gestión, rentabilidad, depuración de los aportes o cotizaciones ni la de resolver solicitudes de traslado entre el régimen de prima media al régimen de ahorro individual, razón por la cual se encuentra en la imposibilidad de dar cumplimiento a una decisión judicial que acceda a las pretensiones de la demanda.

7.3. Colpensiones. En su escrito alegó en su favor que para el 6 de octubre del año 2017 fecha en la cual la demandante radicó la solicitud de traslado, contaba con 56 años, encontrándose en la prohibición legal que preceptúa el artículo 2° de la ley 797 de 2003, razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al régimen de prima media con prestación definida como así lo solicita.

Por otro lado, refirió que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP; que en los casos que se ha declarado la nulidad Colpensiones es la entidad más afectada en lo atinente a los sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en agosto de 1999, queriendo decir esto que ha trascurrido aproximadamente 21 años

a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza "nadie está obligado a lo imposible".

7.4. AFP Porvenir S.A. En su escrito manifestó que la actora suscribió la solicitud de traslado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa sobre la decisión que iba a tomar, tal y como dejó constancia, de manera expresa la misma demandante al imponer su firma en el formulario de afiliación. Esgrimió que la demandante posee un alto nivel intelectual, abogada de profesión y toda su vida laboral la ha ejercido en las instancias judiciales, por lo que claramente tenía la capacidad de enterarse y comprender la información requerida para la toma de decisiones trascendentales para su futuro como las relacionadas en el régimen pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Alma Gertrudis Chamat Lozano cotizó a CAJANAL entre los periodos del 17 de mayo de 1988 al 10 de junio de 1988 y del 21 de junio de

1988 al 30 de junio de 1996, conforme la certificación laboral expedida por la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Tunja (fol. 28); y en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1996 al 31 de agosto de 1999 (fol. 36) como se evidencia en certificación de la Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- Seccional Manizales; posteriormente, el 25 de agosto de 1999, firmó la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir visible en el formulario de vinculación (fol. 143-172) y finalmente, se afilió a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir el 15 de junio de 2004 (fol. 173 y s.s.), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica realizar un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir SA como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le

dio explicación a la señora **Alma Gertrudis Chamat Lozano** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien la demandante manifestó en su interrogatorio de parte que si no se cambiaba de régimen iba a perder los aportes, como lo manifiesta la AFP Porvenir en su apelación, lo cierto es que esto evidencia que a la accionante no se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial. Siendo claro además que el hecho de que la señora Alma Gertrudis Chamat fuera Juez Penal no releva a la AFP privada de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ésta se debe brindar independientemente del grado de escolaridad con que cuente, sin que por ese solo hecho se pueda dar por sentado que conozca el tema pensional, discernimiento que en efecto si tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Finalmente, es necesario precisar a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Porvenir, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Además, se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP privada en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto. Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que tal devolución no se encuentra en

cabeza de la UGPP en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes a CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL 2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de esta mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asuman dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los *"causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras"*, casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 47 años de edad, por haber nacido el 15 de mayo de 1961, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de la dicha data

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

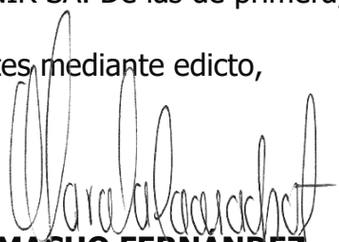
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de mayo del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES. y AFP PORVENIR SA. De las de primera, se confirman.

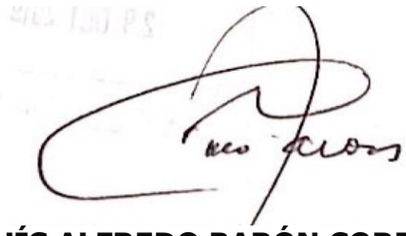
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

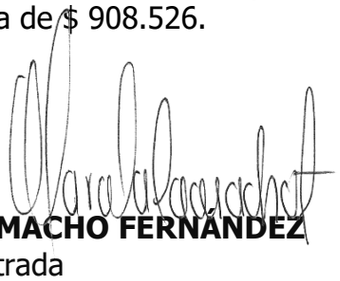


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CARMEN ALEIDA QUINTERO REYES
Demandado:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	13-2020-00026-01
Tema:	APELACIÓN - INEFICACIA TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Aleida Quintero Reyes, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, se condene a la sociedad demandada el traslado de sus aportes realizados hacía Colpensiones y, a está aceptar las cotizaciones y registrar su afiliación sin solución de continuidad desde el 5 de agosto de 1986; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS el 5 de agosto de 1986, aportando un total de 434 semanas, afiliación que se mantuvo hasta el 15 de junio de 1994, fecha en la que se afilió a la AFP Porvenir SA, en tanto que el asesor comercial no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibía en el otro régimen, utilizando argumentos de venta como que "*no se iba a poder pensionar ya que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar"*, entre otros. (Expediente digital, PDF 01. CUADERNO PRINCIPAL 2020-00026, pág. 4 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. CUADERNO PRINCIPAL 2020-00026, pág. 70); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que en aplicación al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la actora no podría trasladarse de régimen, por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad

para tener derecho a la pensión de vejez, siendo imposible recibirla en el RPM y, en consecuencia, resultando inoperante la reactivación de su afiliación. Agregó que su afiliación al RAIS debe ser libre y voluntaria, de ahí que deba presumirse como plenamente cumplida al momento en que firmó el correspondiente formulario de afiliación. Adicionalmente, indicó que debe demostrar que efectivamente se presentó alguno de los vicios en su consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (Expediente digital, PDF 01. CUADERNO PRINCIPAL 2020-00026, pág. 67 y ss.).

3.2. AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la afiliación de la actora con BBVA Horizonte SA en el año 1994 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico. Anotó que le garantizó el derecho de retracto, como lo señala el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 3380 del 2003, ya que el 14 de enero del 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaba los afiliados para trasladarse entre regímenes. Indicó que cumplió con todas las obligaciones respecto del deber de información, conforme a lo señalado en la circular externa de la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01. CUADERNO PRINCIPAL 2020-00026, pág. 111 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros y sin descontar gastos de administración. Dispuso condena en costas en contra de las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado pensional cuando se demuestra la falta de dicho deber. De esta forma, señaló que la información que debió suministrar el asesor del fondo pensional al momento del traslado debía contener tanto los aspectos favorables como desfavorables de dicho cambio, no siendo suficiente probar tal situación con la simple suscripción del formulario de afiliación, pues conforme a la carga de la prueba, le correspondía al fondo demostrar que le brindó a la afiliada la información necesaria, veraz y clara sobre las consecuencias de su traslado. Reiteró que tales aspectos no fueron demostrados por la AFP Porvenir SA, por lo que debía declarar ineficaz tal acto (Expediente digital, audio 10. AUD. ORD. 13-2020-00026-20210526_112007-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación argumentando que no se podría tener en cuenta la declaración de parte

que surtió la demandante, como quiera que nadie puede beneficiarse de su propia prueba y, por ende, no podría utilizarse para acreditar que no se le dio la información respectiva al momento del traslado entre regímenes.

De otro lado, indicó que el formulario de afiliación se encontraba uniforme con la normatividad vigente para la época, en tanto que, si bien es un formato establecido, también lo es que se encontraba autorizado por la Superintendencia financiera; además tenía requisitos y condicionamientos conforme a la Ley; además, contrario a lo colegido por el A quo, indicó que la demandante no tenía el beneficio de régimen de transición y, por tanto, no se podría hablar de pérdida de beneficios entre uno y otro régimen.

Solicitó que en caso de que se mantenga la condena, los gastos de administración sean traslados de manera indexada, toda vez que desde el año 1994 el Fondo Pensional administra la cuenta pensional, lo que quiere decir que esos dineros fueron afectados por la depreciación monetaria con el paso del tiempo. Además, que se trasladen los gastos de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los gastos efectuados por concepto de fondo de garantía de pensión mínima.

Por último, en lo atinente a las costas procesales peticiona se revoque su condena, toda vez que en el proceso compareció como administradora del régimen anterior a la que estuvo vinculada al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, más no porque Colpensiones hubiese dado alguna información errada. (Expediente digital, audio 10. AUD. ORD. 13-2020-00026-20210526_112007-Grabación de la reunión).

6.2. AFP Porvenir SA. Argumentó en su alzada que la línea jurisprudencial no debió aplicarse en forma automática, en tanto que no se soportan en los mismos supuestos fácticos de las sentencias, pues es claro que la aquí actora no contaba con ningún beneficio pensional al momento de su traslado de régimen, de esa manera no podía exigirse en el momento en que se surtió el traslado estudiar si efectivamente se le generaron afectaciones a la situación pensional, para conllevar el incumplimiento del deber de información. Refirió que se parte de la mala fe de la administradora y se le resta credibilidad al formulario de afiliación, siendo el único documento por escrito que se le exigía a los fondos de pensiones en esa primera etapa del deber de información, además, cuando no se puede hacer una aplicación retroactiva de la Ley realizando exigencias adicionales no previstas.

Finalmente, indicó que los gastos de administración conllevan una condena desproporcionada, pues, un primer aspecto que anotó es que no fue centrado en la fijación del litigio y, por ende, es un quebrantamiento a su derecho de defensa, además, porque no podría condenarse con facultades ultra y extra petita; mientras que la Ley 100 de 1993 facultó a las administradoras de pensiones para generar esos cobros por gastos de administración frente a la gestión realizada que generó rendimientos y cubrimiento de contingencias de invalidez y sobrevivencia.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones indicó que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora Horizonte hoy Porvenir S.A. le brindó a la actora una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el régimen de prima media, o las

desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional efectuado el día 15 de junio de 1994. Agregó que tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

7.2. AFP Porvenir SA. Alegó en su favor que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y rendimientos de manera indexada?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y vii) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia a imponer costas en contra de Colpensiones?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que tal como lo coligió la Juzgadora de primer grado, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la

sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Carmen Aleida Quintero Reyes cotizó al ISS entre el 5 de agosto de 1986 al 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente administrativo, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_1731-20200317082446); misma que el 15 de junio de 1994 firmó el formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías SA, hoy AFP Porvenir S.A. (Expediente digital, PDF 01. CUADERNO PRINCIPAL 2020-00026, pág. 43), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP demandada y no en la demandante, como erradamente lo manifiesta Colpensiones, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria, además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada

pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Carmen Aleida Quintero Reyes** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por la CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la promotora del proceso una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, manifestando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Finalmente, es necesario precisar a Colpensiones que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del

2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir SA, pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones y en el recurso de apelación presentado por Colpensiones; aclarando, que aunque se aduce en la alzada que la devolución de los gastos no quedaron definidos expresamente en la fijación del litigio, es claro que cuando se pretende la declaratoria de ineficacia quedan comprendidas dentro de la Litis aquellas sumas de dinero.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutiva del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir SA a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en

tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL 1421 de 2019 y SL 1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia contra Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

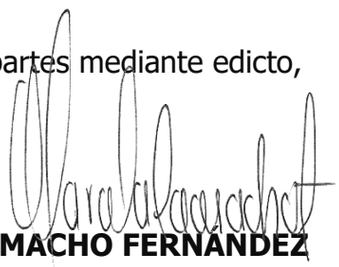
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 26 de mayo del 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA. De las de primera, se confirman.

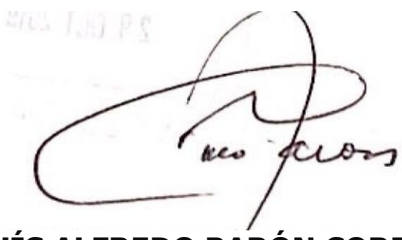
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

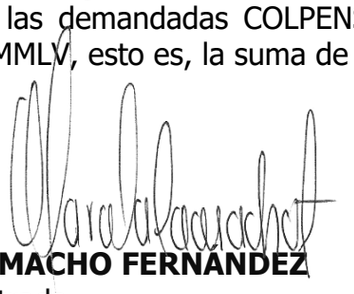


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ LUCINIO PIZA PEÑA
Demandados: ÁREAS LIBRES LTDA Y OTROS
Radicado No.: 20-2016-00522-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Lucinio Piza Peña, instauró demanda ordinaria contra Áreas Libres Ltda, Esperanza Castrellón Lozano, Carlos Alberto Montealegre Farfán y Gissele Milena Montealegre Castrellón, estos últimos como socios de la empresa y solidarios responsables, con el propósito de que se declare que con la sociedad demandada existió un contrato de trabajo que inició el 28 de julio del 2014 y terminó el 27 de octubre del 2015 y como consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, horas extras, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de cesantías, aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensiones, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculado mediante un contrato de trabajo a término fijo a un año, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad a partir del día 28 de julio del 2014, labor que cumplió hasta el 27 de octubre del año 2015. Indicó que devengó el salario de $850.000, más auxilio de transporte y tenía un horario de lunes a domingo, en turnos de 12 horas. Refirió que la demandada no consignó en el respectivo fondo su auxilio de cesantía correspondiente al año 2014, ni canceló las prestaciones sociales y vacaciones, además, fue despedido sin justa causa, sin que tampoco le concedieran la indemnización por despido sin justa causa. (Expediente digital, PDF "2016-522 FL 198", pág. 3 a 10).

2. Contestación de demanda.

2.1. Áreas Libres Ltda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que efectivamente entre las partes existió contrato de trabajo, sin embargo, aclaró que no inició el 28 de julio de 2014, toda vez que empezó el mismo día y mes del año 2015 y finalizó el 27 de octubre del 2015, por renuncia

voluntaria del actor. En lo que hace a los supuestos fácticos expuso que el contrato de trabajo suscrito entre las partes fue a término fijo, con un término inicial de 4 meses, cuyo salario correspondió a la suma de $850.000, más auxilio de transporte. Esgrimió que su horario de trabajo era de lunes a domingo en turnos de 12 horas, trabajando una semana de día y otra de noche, sin embargo, adujo que tenía descanso y le realizaba el pago de horas extras. No propuso excepciones. (Expediente digital, PDF "2016-522 FL 198", pág. 92 a 96).

2.2. Esperanza Castrellón Lozano, Carlos Alberto Montealegre Farfán y Gissele Milena Montealegre Castrellón. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de ésta, a excepción de aquella que busca la declaratoria sobre la existencia del contrato de trabajo, indicando que, de conformidad con el contrato de trabajo aportado, la relación existente entre las partes no es como la menciona el actor, buscando cobros injustificados, ya que Aires Libres Ltda canceló el total de obligaciones contraídas mediante título judicial. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por pasiva. (Expediente digital, PDF "2016-522 FL 198", pág. 175 a 179).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año entre el 28 de julio al 27 de octubre de 2015, que finalizó por renuncia del demandante, devengando como último salario la suma de $644.350, $74.000 de auxilio de transporte y $131.650 de horas extras, para un total de $850.000. En consecuencia, condenó a la demandada Áreas Libres Ltda y solidariamente a sus socios a pagar a favor del actor la suma de $101.455, por concepto de saldo de las prestaciones sociales; aportes pensionales por el tiempo laborado, indemnización moratoria y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si entre las partes existió un contrato de trabajo y sus extremos, y si había lugar al pago de las acreencias deprecadas en la demanda. Así las cosas, luego de hacer alusión a las pruebas, indicó que no existía controversia por las partes sobre la existencia de la relación laboral, ni el extremo final que correspondió al 27 de octubre del 2015, sin embargo, referente al extremo inicial debía tenerse en cuenta que, de conformidad con el contrato de trabajo allegado, este no inició el 28 de julio de 2014, sino el mismo día y mes del año 2015.

En lo que hace a las prestaciones sociales refirió que estas fueron canceladas el 30 de agosto del 2017, a través de un depósito judicial que la encartada constituyó por la suma de $426.920 a favor del actor, sin que se haya comunicado a la demandante o autorizado su entrega. No obstante, advirtió después de realizar las operaciones aritméticas que las prestaciones sociales adeudadas corresponden a un total de $528.375, por lo que la suma consignada por la pasiva no cubría su totalidad, debiéndose condenar el saldo insoluto.

Respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, sostuvo que si bien es cierto la demandada alegó el pago de las prestaciones sociales con el depósito judicial del 30 de agosto del 2017, no lo es menos cierto que aquel fue consignado 22 meses después de que se culminará la relación laboral entre las partes, además, fue posterior a la radicación de la demanda y no existe prueba de que haya sido autorizado y puesto en conocimiento del actor, lo que desvirtúa cualquier buena fe por parte del empleador. Aunado a que la demandada no probó que la empresa estuviese en proceso de liquidación. (Audio 11001310502020160052200 AUD art 80 fallo)

4. Impugnación y límites del ad quem. **Recurso de apelación de Áreas Libres Ltda.** Formuló recurso de apelación aduciendo sobre la indemnización moratoria que sí existió buena fe, en tanto que demostró con las pruebas que no existió mala fe, especialmente cuando el representante legal de la demandada manifestó que estaba en un proceso de liquidación de la empresa, pero debido al cambio de representación legal se hizo el cubrimiento de las obligaciones que debía. Indicó que se castiga a la empresa, cuando en el interrogatorio del representante legal manifiesta los inconvenientes que llevó a la empresa, para no cancelar las prestaciones legales. (Audio 11001310502020160052200 AUD art 80 fallo)

5. Alegatos de conclusión. Esperanza Castrellón Lozano, Carlos Alberto Montealegre Farfán y Gissele Milena Montealegre Castrellón. En su escrito aludió a que las pretensiones no están llamadas a prosperar ya que no se encuentra respaldo fáctico y jurídico, en el entendido que el actor está reclamando acreencias laborales que no le corresponden, toda vez que la relación laboral existente no es la mencionada por aquél, pues en dicho contrato suscrito por las partes el término estipulado es inferior a un año esto es (4 meses), con un sueldo básico de $ 644.350, más subsidio de transporte y con un horario de lunes a domingo con turnos de 12 horas trabajando una semana de noche y otra de día.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, cuando era evidente la existencia de buena fe de la pasiva en sus actuaciones frente al actor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 28 de julio al 27 de octubre de 2015, tampoco que la labor desempeñada por el trabajador fue de guarda de seguridad, ni el salario devengado en vigencia de la relación laboral. No se discute igualmente que a la finalización del nexo contractual se le adeudan prestaciones sociales y que parte de ellas fueron canceladas mediante depósito judicial el 30 de agosto del 2017. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Indemnización moratoria

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, aduce el recurrente que como empleador actuó de buena fe al abstenerse de cancelar las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, en tanto estimó encontrarse en proceso de liquidación a dicho momento, situación que, contrario a lo dicho por el A quo, si estaba demostrada en el plenario, dado a la confesión que hizo su representante legal en el interrogatorio de parte.

En lo atinente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la mismas no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no cancelar las prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral y, de manera completa después del 30 de agosto del 2017, cuando constituyó depósito judicial a favor del actor para tal efecto, asistiendo razón al sentenciador de primer grado al considerar que había lugar a su condena, toda vez que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, pues, sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con el actor se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se hallaba en proceso de liquidación, tal afirmación no está soportada en ningún medio de convicción, y aquí debe acotarse que en torno al interrogatorio de parte del demandado del cual pretende la censura derivar una confesión, la Sala no evidencia ninguna admisión de un hecho que produzca consecuencias adversas o que le favorezcan a la parte contraria, para que así pueda predicarse en los términos del artículo 191 del CGP.

De todas maneras, si la Sala considerara que al momento del finiquito de la relación laboral la empresa se encontraba en estado o *ad portas* de liquidación, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, "*aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo.*" (SL16884-2016)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entrega de forma inmediata la liquidación de prestaciones, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, lejos está de tenerse en cuenta, ya que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio.

Costas

En esta instancia a cargo de la sociedad demandada, ante la no prosperidad del recurso de apelación propuesto.

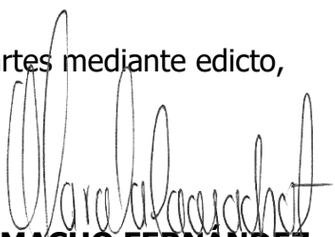
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Áreas Libres Ltda.

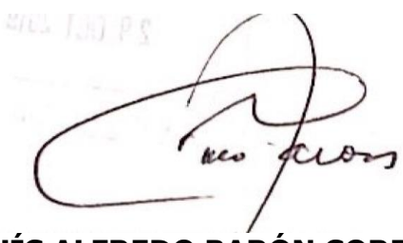
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

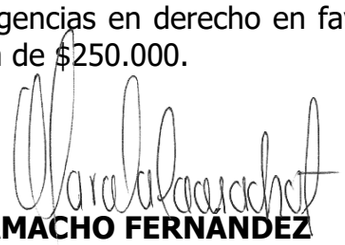


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor y a cargo de Áreas Libres Ltda en C en la suma de $250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	NANCY ESTHER GACHA RAMOS
Demandado:	COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación:	1100131050-15-2020-00284-01
Tema:	CONSULTA SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nancy Esther Gacha Ramos instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Protección S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. En consecuencia, se ordene a AFP Porvenir S.A., retornar a la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD administrado por Colpensiones, y a esta última a recibir a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que desde el 23 de abril de 1981 hasta el 16 de agosto de 1999 estuvo afiliada al ISS, acumulando un total de 810 semanas cotizadas. Sostuvo que, para el mes de septiembre del año 1999, cuando laboraba en la entidad Energy Computer Systems Ltda., los asesores de la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, quienes le aseguraron que el ISS se acabaría, que perdería lo cotizado hasta el momento, que tendría mayores rendimientos y que podría pensionarse en el momento en que quisiera en el otro régimen, por manera que no fue asesorada en debida forma. Refirió que en febrero de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir, quienes la mantuvieron en error al momento de realizar el traslado (exp. digital PDF 01Demanda).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (expediente digital PDF 07MemorialTramitesNotificación pág. 14); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.
3.1. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado a la AFP Protección, es un

acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, en tanto que se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, en el que se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes (exp.digital PDF 11EscritoContestacionProteccion).

3.2. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR y en consecuencia no se puede tener como afiliada ni recibir ningún aporte de la misma. Resalta que Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto, le es inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte, precisando que no ha vulnerado derecho alguno a la actora. Además, refirió que es la promotora del proceso, a quien corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulados en el artículo 1508 del Código Civil. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (exp. digital PDF 13EscritoContestacionColpensiones).

3.3. AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto, su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo inicial. Sostuvo que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Así mismo, indicó que recibió a la actora fruto de un traslado horizontal y en cumplimiento de los dispuesto en el art. 112 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (exp. digital PDF 18EscritoContestacionPorvenir).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio de 2021, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros a la administradora del RPM; a Colpensiones que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredité como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al RAIS. No condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, frente a la interpretación del art 13 literal b) de la ley 100 de 1993, misma en la que se advierte que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen. Adujo, que la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por tanto, no podía hablarse

de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante.

En relación a los gastos de administración y seguros previsionales sostiene que dichos conceptos tienen sustento legal y los mismos también se descuentan en el RPMPD, en este sentido sólo ordena la devolución de los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la gestora del proceso.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Colpensiones. En su escrito alegó en su favor que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP Protección y Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿En virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar su afiliación en el régimen que aquélla administra o esto representa un detrimento para dicha entidad?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Nancy Esther Gacha Ramos cotizó al ISS entre el 24 de abril de 1981 y el 30 de septiembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (expediente digital PDF 02Anexos fol.78), y el 28 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Colmena hoy AFP Protección, según formulario de afiliación (Exp. Digital PDF 11EscritoContestacionProteccion fol. 34). Finalmente, se evidencia que se

afilió a la AFP Porvenir el día 20 de diciembre de 2001, como se observa en el formulario de afiliación (exp. digital PDF 18EscritoContestacionPorvenir fol. 62).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Sea lo primero advertir que el *a quo* declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante con destino al RAIS, por considerar que la AFP no acreditó que dicho acto estuvo precedido de la debida información, conforme lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, decisión que no mereció ningún reparo por la AFP, de suerte que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

Ahora, en lo que concierne a Colpensiones, es claro que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, su vinculación con dicha entidad quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP los **aportes** efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Esta devolución que no genera ningún detrimento para COLPENSIONES pues la AFP Porvenir debe trasladar los **dineros** que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante. Se recalca que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la accionante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando sin efectos la vinculación que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello, por lo que esta Sala de Decisión Laboral confirmará en tal aspecto la sentencia consultada.

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional". (…)*
>
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Teniendo en cuenta que en la parte resolutiva del fallo proferido en primera instancia no se condenó a las Administradoras de Fondos de Pensiones Protección y Porvenir a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará al fallo apelado en este sentido.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

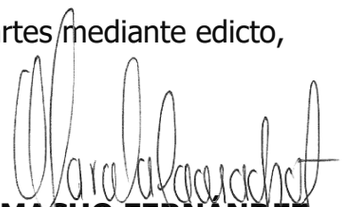
PRIMERO: ADICIONAR al numeral primero de la sentencia proferida el 9 de junio del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Nancy Esther Gacha Ramos de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

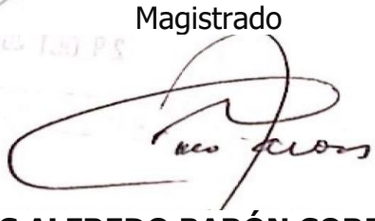
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO ESPINOSA
Demandada: EXPRESO BOGOTANO S.A.
Radicado No.: 32-2018-00378-03
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN- REVOCA DE FORMA PARCIAL.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Carlos Alberto Espinosa, instauró demanda ordinaria contra Expreso Bogotano S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de abril de 2008 al 17 de junio del 2015 y que le asiste el derecho al reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de mejor categoría, como consecuencia del despido indirecto por parte de la demandada al coaccionar su renuncia. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad dejados de percibir; indemnización correspondiente a 180 días por haber sido despedido con estabilidad laboral reforzada.

Reclamó además como pretensiones subsidiarias que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de abril de 2008 al 17 de junio del 2015; que la encartada coacciona a presentar renuncia al cargo y, por ende, existió despido indirecto, estando con estabilidad laboral reforzada en tanto que se encontraba con reubicación laboral debido a sus patologías. En tal virtud, solicitó se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa y la correspondiente a 180 días por haber sido despedido con estabilidad laboral reforzada, perjuicios valorados en $10.000.000, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó con la demandada a través de un contrato a término indefinido, cuya vigencia tuvo lugar entre el 18 de abril de 2008 al 17 de junio de 2015, devengando el salario mínimo mensual legal y ocupando el cargo de conductor, sin embargo, debido a la orden de reubicación, laboró en el archivo y parqueadero. Informó que ingresó a la empresa

en buenas condiciones de salud, empero a mediados del año 2013 comenzó a sufrir de columna, por lo que para el 28 de mayo y 30 de diciembre del mismo año le fue diagnosticado "PITOSEN LOS OÍDOS" y "hernias discales", situación conocía por la demandada.

Expuso, luego de realizar un resumen de su historial médico, que a la fecha continúa con los tratamientos médicos frente a las enfermedades adquiridas durante la relación laboral, por lo que para la fecha del despido indirecto, la accionada era conocedora de su enfermedad, al punto que la EPS Compensar le ordenó recomendaciones laborales, mismas que se dieron a conocer a la empresa a través de recursos humanos, la cual hicieron caso omiso y por el contrario le ordenaron trabajos de mayor impacto de los que desarrollaba y para el que fue contratado.

Advirtió que la demandada en vista de su estado de salud, le solicitó que pasará la carta de renuncia, según porque la empresa se acabaría, coaccionando pese a que se encontraba con cirugías pendientes de las venas y tratamiento de columna. Sostuvo que le ofrecieron la suma de $5.000.000 como indemnización para que renunciará, por lo que procedió conforme la orden de su empleador a presentar la carta de renuncia el día 17 de junio de 2013 (SIC), cansado de tanta presión.

Así mismo, señaló que desconocía lo que estaba haciendo, ya que estaba presionado y enfermo por ello, por lo que la "Sra. ALBINO", lo envió a la notaría a firmar un acuerdo del cual no obtuvo copia. Aludió a que la demandada no pidió permiso al Ministerio para despedirlo, a pesar de conocer con plenitud su estado de salud, además, desde el despido no ha podido laborar debido a sus patologías sufridas, sufriendo un perjuicio. (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO LABORAL No 110013105032-2018-00378-00, pág. 4 a 16).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada. Frente a los supuestos fácticos aceptó los hechos 3 al 5 y los restantes manifestó que no le constan o no ser ciertos. En su defensa expuso que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 29 de abril del 2018 al 17 de junio del 2015, fecha en la cual el accionante presentó su renuncia. Esgrimió que a la finalización de su contrato de trabajo suscribió un acta de transacción, mediante la cual ratificó la terminación del vínculo laboral de mutuo acuerdo entre las partes y declaró a la sociedad a paz y salvo por cualquier reclamación, recibiendo a su entera satisfacción la suma de $5.000.000. Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y como de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y compensación. (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO LABORAL No 110013105032-2018-00378-00, pág. 222 a 233).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de enero del 2021, en la que el fallador declaró que declaró probadas las excepciones de cosa juzgada e inexistencia de la obligación; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; y condenó en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si el contrato de trabajo que existió entre las partes término con o sin justa causa; el demandante fue presionado para presentar su carta de renuncia y se hallaba para el momento de terminación del vínculo laboral protegido por estabilidad laboral reforzada por su condición de salud. Conforme a ello, luego de hacer alusión a las pruebas allegadas al plenario, encontró probado que las partes celebraron un contrato de trabajo a

término fijo y que se dio por terminado el 17 de junio del 2015, por lo que así debía declararlo. Refirió, que la parte actora no arrimó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, ya sea para determinar el origen de las patologías presentadas o bien para verificar el grado de discapacidad y la fecha de estructuración, por lo que no era acreedor de la estabilidad laboral reforzada.

Acotó que, aunque el promotor de la litis presentó algunas deficiencias en su salud, ello no era prueba de una afectación que diera lugar a la protección laboral de la Ley 361 de 1997. Además, indicó que al momento de la terminación del contrato de trabajo el actor no se encontraba incapacitado y que, si bien se allegaron dos incapacidades, no obstante, no había lugar a tenerlas en cuenta dado que una fue otorgada por dos días en el año 2014, mientras que la otra fue por una situación relacionada a una pieza dentaria, que en nada impide la ejecución de la actividad laboral.

Por otro lado, arguyó que, aunque se aduce en la demanda que el actor fue presionado a presentar la renuncia, sin embargo, no existía prueba alguna tendiente a demostrar tal situación. Ahora, refirió que el hecho de celebrar un acta de transacción no implica por sí misma una presión indebida en contra de un trabajador a presentar su renuncia, ni mucho menos para ser nula, máxime cuando no está establecido que el actor sufriera de una situación de salud que lo haga acreedor de la estabilidad laboral reforzada. (Expediente digital, audio 09. Audiencia Juzgamiento 20-Ene-2021)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que de conformidad con la sentencia SU-049 de 2017, no se necesita de un dictamen de pérdida de capacidad laboral, con el fin de determinar las condiciones físicas en las que se encontraba el trabajador para ejercer su función. Refirió que fue contratado para el puesto de conductor y no para trabajar en el área administrativa, lo que daba cuenta que sus patologías le afectaron su labor. Además, debido a las largas jornadas laborales que se prolongaba en más de 12 horas, fue la causa del deterioro en el estado de salud; haciendo notar que las enfermedades se causaron en la vigencia de la relación laboral.

Esgrimió que no es posible aportar el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en tanto que los tratamientos médicos apuntaron a que su condición médica mejoraría, lo cual a la fecha no ha podido determinarse, dado que se han practicado varias cirugías y se encuentra en tratamiento médico, mismos que tampoco ha podido finalizar, toda vez que le fue suspendido el servicio médico dada la culminación del vínculo contractual.

Por otro lado, indicó que, frente a la renuncia, si bien el representante legal refirió que las sumas entregadas fueron por una bonificación, no se entiende por qué se le entregó si ya tenía en su poder la carta de renuncia. Esbozó que ello sólo demostraba la vulneración a sus derechos, además, porque en el momento en que se suscribió el contrato de transacción se estaba generando el cambio de figura jurídica de renuncia a un común acuerdo que nunca se planteó por la empresa. Aludió a que la transacción es nula, insistiendo, porque a pesar de que en ella aparece la figura de común acuerdo, la misma no tiene claridad, así mismo, porque la encartada quiso disfrazar y anular la renuncia, incorporándose en un contrato, donde además la

exonera del pago de indemnizaciones y el impedimento de procesos jurídicos que tampoco se establece. (Expediente digital, audio 09. Audiencia Juzgamiento 20-Ene-2021)

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

- ✓ Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva, es decir, producto de la renuncia al cargo que presentó y, no como consecuencia de sus patologías?

- ✓ y ¿Los derechos contenidos en el contrato de transacción son susceptibles de ser negociados, en caso positivo, el acto se encuentra afectado por algún vicio del consentimiento que dé lugar a su nulidad?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia, ni la labor de Conductor que ejerció en vigencia de la relación el accionante, tampoco la modalidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes, hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Expreso Bogotano S.A. actúo de manera discriminatoria frente al trabajador al momento en que se finiquitó la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado

a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 17 de junio del 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador

demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 17 de junio del 2015, fecha en que se finalizó el contrato de trabajo, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a la patología diagnosticada primeramente como "Lumbago no especificado" y posteriormente como "osteocondrosis de la columna vertebral del adulto", sobre la cual recibió arduo tratamiento médico desde el año 2013, no solo por medicina general, sino por diferentes especialidades médicas, específicamente en ortopedia, física y rehabilitación, al punto que le fueron practicadas infiltraciones con el propósito de disminuir el dolor que le generaba la enfermedad, tal y como da cuenta la abundante historia clínica expedida por Compensar EPS y que se allegó por el demandante.

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que la citada patología tuvo la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegó recomendación laboral expedida por Compensar EPS de fecha 24 de agosto de 2014, con vigencia de un año, misma que fue dirigida a la accionada con el propósito de evitar la progresión de la enfermedad y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar:

> "*1- No manipular cargas superiores a 5 kilos de peso.*
> *2- Realizar pausas activas al menos cada 4 horas de 10 minutos de duración cada una con el fin de repasar los ejercicios vistos en terapia.*
> *3- Restringir la labor de conducción máximo al 50% de la jornada, el resto del tiempo asignar labores que no presente este componente.*
> *4- Jornada laboral de máximo 8 horas diarias diurnas, no horas extras, no turnos nocturnos.*
> *5. Continuar controles con médico tratante, permitir que la trabajadora acuda a los diferentes controles médicos a los que haya lugar."*

Lo que sirvió para que el empleador reubicara a su trabajador, tal como lo esbozó en misiva del 26 de septiembre del 2014:

> "*En cumplimiento a las recomendaciones emitidas por medicina laboral de la EPS Compensar, la compañía se permite comunicarle que a partir de la fecha será reubicado temporalmente en el cargo de auxiliar administrativo, (dicha labor no requiere esfuerzo), su horario será de 8:00 am A 5:00 pm de lunes a viernes y los sábados de 6:00 am a 2:00, hasta que la EPS defina lo contrario.*
>
> *Se le recuerda que no puede conducir, evitar labores en donde exista el riesgo de caída o realizar actividades que pongan en riesgo su salud.*
>
> *Igualmente, se le solicita la colaboración con las citas médicas, seguir las recomendaciones laborales de su médico tratante y presentar todas las novedades relacionadas con el desarrollo de su tratamiento médico."*

Lo anterior, da lugar a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedía o dificultaba ejecutar la labor de manera trascendental, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos porque aquel al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía

calificación del origen de la enfermedad, como lo expuso el A quo para desestimar que la patología no le impedida sustancialmente ejercer su actividad de conductor.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) Al momento de la finalización del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, que continuó, conforme se avizora de las historias clínicas expedida por Compensar, aún con posterioridad a la fecha del finiquito laboral; (iii) Patologías que eran de conocimiento de la demandada, pues la enfermedad venía siendo tratada médicamente por lo menos desde el año 2013; acotando que (iv) si bien a causa de dicha patología no le fueron expedidas incapacidades laborales, también lo es que el haz probatorio da cuenta que la enfermedad tuvo la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al emitir Compensar EPS la recomendación médica laboral a raíz de la cual se alteraron los condiciones de trabajo del promotor de la litis y que tuvieron que ser acogidas por su empleador, ubicándolo en un puesto de trabajo en el que realizara esfuerzo alguno.

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el demandante sí se vieron afectadas por su patología y, en esa medida se encuentra razón a la censura cuando asegura que dichas evidencias no fueron apreciadas por el sentenciador de primer grado, mismas que daban cuenta de la real afectación en su salud, que le dificultaban ejecutar la labor de manera normal o regular, de ahí que se evidencie un claro error en su intelección.

Sin embargo, pese a dicho yerro, en criterio de la Sala la sentencia confutada debe mantenerse incólume, pues no se demuestra que dicho estado de discapacidad fue lo que verdaderamente motivó la terminación del contrato, en tanto que se advierte una ausencia de manifestación por parte de la empresa dirigida a dar por terminado el contrato de trabajo y, por el contrario, lo que si se observa es que la finalización obedeció a un acto unilateral del trabajador respecto del cual ninguno de los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que pudiese estar viciado por alguna presión, engaño o dolo de la empleadora o que se hubiese consignado alguno de los motivos atinentes a demostrar a que se trató de un despido indirecto como se resaltó en las pretensiones de la demanda.

La manifestación libre del trabajador en su renuncia quedó plasmada en misiva del 17 de junio del 2015, en la cual se indicó que: "***CARLOS ALBERTO ESPINOSA,*** *identificado con cedula de ciudadanía número 79.134.317 expedida en Bogotá, por medio del presente escrito presento mi renuncia irrevocable al cargo de Conductor que desempeñaba en esta empresa el día Veintinueve (29) de Abril de 2008"*; misma que fue aceptada por el empleador, en comunicación de la misma fecha, indicándose al respecto *"Hemos recibido su comunicación mediante la cual nos comunica su decisión de poner fin a su contrato de trabajo a partir del 17 de junio del 2015. (…) Le agradecemos el tiempo de esfuerzo y dedicación al servicio de esta Empresa…"*, la cual tiene constancia de haber sido recibida por el trabajador. En este punto se hace notar que sobre la citada renuncia en ningún momento se reparó la existencia de un vicio del consentimiento para el momento en que se suscribió y presentó a su empleador, como quiera que en la apelación se dejó por sentada su realidad, esto es, la voluntad de dar por finiquitado el vínculo laboral, de esta forma manteniendo incólume la inferencia del A quo al tenerla por cierta.

Así las cosas, al estar probada la renuncia, impide a la Sala concluir que la terminación obedeció a la condición especial de salud del actor, pues ninguna referencia a este aspecto se dejó contenida en la misiva, exigencia contenida en el parágrafo del art. 62 del CST, no pudiendo alegarse con posterioridad causales o motivos distintos; de ahí que no resulte procedente concluir en este caso, que era necesaria la autorización ante el inspector del trabajo, pues esta exigencia solo es dable cuando se pretende finiquito por razón de la limitación del trabajador y no en los casos en que sin motivación manifiesta su dimisión, lo que de suyo inhibe la procedencia del reintegro y demás pretensiones solicitadas en el libelo incoatorio.

Pese a lo anterior, debe dejar claro la Sala que, si se evidencia desacertado que el juzgador hiciera hincapié en el acta de contrato de transacción, declarando probada la excepción de cosa juzgada, pues como se dijo, el finiquito tuvo lugar por la carta de renuncia presentada de manera espontánea por el actor, cuya aceptación si bien data del mismo 17 de junio de 2015, tuvo ocurrencia antes de la celebración del acuerdo transaccional tal y como se desprende de la narración de los hechos la demanda y los argumentos del recurso de apelación, y como se extrae del mismo dicho del accionante en diligencia de interrogatorio de parte en la que manifestó "Yo firme la carta de renuncia y después un papel", por ende, aunque en el contenido del acta se registró que la terminación del contrato obedeció al mutuo acuerdo de las partes, esta declaración no surte efecto alguno al haberse demostrado que el vínculo laboral se había disuelto con anterioridad a través de otro acto jurídico. De esta manera resulta inane cualquier estudio sobre el acuerdo de voluntades, es decir, si aquel fue contrario a derecho, vulnera derechos ciertos e indiscutibles, si adoleció de vicios en el consentimiento de uno de los contratantes o si por el contrario debía procurarse por sus efectos de cosa juzgada, pues ningún derecho de los allí contenidos es materia de controversia en la presente Litis.

Bajo tal contexto, se concluye que el Juzgador de primera instancia erró al resolver la eficacia del acta de transacción y declarar la cosa juzgada sobre un acto, que se itera, no estaba en últimas circunscrito al estudio de la Litis, ni siquiera para desestimar las pretensiones de orden subsidiario que se propusieron por la censura, en la medida en que es absolutamente claro que, ante el acto unilateral del trabajador, igualmente las hacía improcedentes.

En ese orden, se **REVOCARÁ** parcialmente el numeral 1° de la decisión de primer grado, para en su lugar declarar probada únicamente la excepción de inexistencia de la obligación, manteniendo la absolución de todas y cada una las pretensiones incoadas, pero aclarando, aunque por las consideraciones expuestas que distan sobre las que empleó el A quo. Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 1° de la decisión de primer grado, para en su lugar declarar probada únicamente la excepción de inexistencia de la obligación, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MANTENER incólume lo demás, pero por las consideraciones aquí expuestas.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

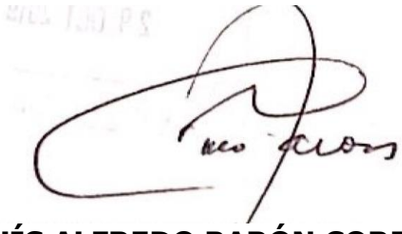
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ORLINDA MARÍA TORDECILLA COGOLLO
Demandada:	COMPENSAR
Radicación:	33-2018-00180-01
Tema:	APELACIÓN PARTE DEMANDADA- ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Néstor Eduardo Ávila Robles, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder conferido. De la misma forma, se reconoce personería para actuar al Dr. Andrés Felipe Romero Méndez, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Orlinda María Tordecilla Cogollo instauró demanda ordinaria contra la Caja de Compensación Familiar - Compensar, con el propósito de que se declare la ineficacia del despido efectuado por la encartada el 5 de enero del 2017 y, por tanto, la no solución de continuidad del vínculo laboral. En esa medida, se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, prima legal y vacaciones por el periodo comprendido entre el 5 de enero al 19 de abril del 2017, así como los salarios y prestaciones sociales, vacaciones y aportes dejados de percibir; indemnización equivalente a 180 días de salario, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales. Respecto a las pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde agosto del 2007, el cual fue terminado sin justa causa y, en consecuencia, condenar al empleador al pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 64 del CST y Ley 361 de 1997.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó a Compensar mediante un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 28 de agosto de 2007, para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina, devengando un salario mínimo legal vigente. Sostuvo que, en el mes de agosto del 2015 a raíz de las funciones

desempeñadas, comenzó a sentir dolores en sus manos, por lo que asistió al médico de la EPS, donde finalmente le diagnosticaron Síndrome del Túnel Carpiano.

Indicó que la entidad demandada tenía conocimiento de la enfermedad que sufría y aun así procedió a terminar sin justa causa el contrato de trabajo y sin autorización del Ministerio de Trabajo, razón por lo que decidió presentar acción de tutela; así, adujo que en sentencia del 2 de marzo del 2017, el Juzgado 68 Penal con Funciones de Garantías de Bogotá amparó transitoriamente su derecho a la estabilidad laboral reforzada, determinación que fue confirmada por el superior. (folios 3 a 11).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentando que la terminación del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada obedeció a una causa legal, esto es, la contenida en el literal d del artículo 61 del CST, en razón a que finalizó el período escolar del segundo semestre del año 2016, es decir, por el periodo que comprendió el segundo semestre escolar de los estudiantes inscritos en el proyecto 897, el cual estaba establecido dentro del vínculo laboral que suscribió de manera libre y espontánea la actora.

Anotó que en la actualidad entre las partes no existe vínculo laboral, toda vez que la actora no se encuentra prestando ningún servicio actualmente para la Caja de Compensación Familiar, en tanto que no se le notificó demanda ordinaria laboral, finalizando el amparo transitorio por 4 meses establecido por el juez constitucional. Insistió que la naturaleza de los contratos laborales celebrados entre las partes fue por la duración de la obra o labor contratada, por lo tanto, no es dable exigirle la existencia de un solo vínculo contractual, cuando existieron 18 diferentes vinculaciones.

Agregó que no se le notificó de calificación de origen de enfermedad alguna, ni de pérdida de capacidad laboral que permitiera inferir la existencia de una situación de discapacidad, disminución o limitación. Propuso como excepción previa la de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y como medios exceptivos de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la causa, buena fe, prescripción y compensación. (folios 106 a 129).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio del 2020, en la que el fallador declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes en atención a que la pasiva no logró probar una causa de terminación diferente a las limitaciones de salud de la actora.

En esa medida, ordenó a la convocada reintegrar a la demandante a un cargo acorde con sus condiciones de salud, para al cual deberá ser capacitada, sin desmejorar su condición laboral. Condenó a la demandada al pago de salarios, prestaciones laborales, vacaciones y aportes al sistema general de seguridad social, de manera indexada, causados desde la fecha del despido, esto es, 26 de noviembre de 2016 al 10 de marzo del 2017, fecha del reintegro en cumplimiento a la orden de tutela y al pago de los mismos conceptos desde la terminación del contrato de fecha 6 de diciembre del 2017 hasta cuando se haga efectivo el reintegro. Ordenó el pago de la indemnización establecida en el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 y no condenó agencias en derecho, pero sí los gastos en que incurrió la actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si la demandante es sujeto de estabilidad laboral reforzada y si las decisiones de terminación del contrato de trabajo requerían previa autorización del Ministerio de Trabajo. Así las cosas, luego de citar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Corte Constitucional y a las pruebas obrantes al proceso, indicó que la terminación del contrato

laboral suscrito el 10 de marzo del año 2017 obedeció a la ratificación de la primera finalización del contrato por obra o labor contratada del día 27 de noviembre del año 2016 y por la no instauración del proceso ordinario que había ordenado el juez de tutela; sin embargo, adujo que dicha causal fue alegada 5 meses después, lo que quebranta el principio de inmediatez, deviniendo, entonces, que la culminación de la relación laboral haya sido como consecuencia de la enfermedad que aqueja la actora.

De igual forma esgrimió que la actora fue calificada con una enfermedad de origen laboral, por lo que a pesar de que no cuenta con un dictamen que determine el grado de pérdida de capacidad laboral, si se encuentra en estado de debilidad manifiesta en razón a sus patologías, sobre las cuales tenía conocimiento la empleadora a noviembre del año 2016, dadas las recomendaciones laborales que se expidieron y los requerimientos que le hicieron en la entrega de la documentación respectiva, para efectos del dictamen.

Agregó que los convenios celebrados entre Compensar y la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, aún se mantienen, por lo que las causas que dieron origen a la contratación de la actora siguen vigentes. En esa medida, dedujo que si continuaban las causas que dieron origen al contrato de trabajo, entonces no podía invocarse causal objetiva para finiquitar el laborío de la actora, por lo que debía ordenar el reintegro, máxime cuando el empleador nunca solicitó autorización al Ministerio del Trabajo, para ese efecto. (CD fol. 505)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso demandado. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación señalando el incumplimiento de los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para considerar que la terminación del contrato de trabajo obedeció a las razones de limitación de la actora, pues desde la posición de la Corte Suprema de Justicia, no existe para la fecha de finalización del vínculo laboral calificación de pérdida de capacidad laboral que establezca una limitación para el desempeño de sus labores.

Sostuvo que la culminación del vínculo laboral obedeció a la terminación de la obra o labor contratada, es decir, bajo una causal objetiva, en tanto que la demandante había sido vinculada para el segundo semestre escolar de los estudiantes del proyecto 897, por lo que significó que no era cierto que subsisten las causas que dieron origen a los contratos, toda vez que cada uno de los nexos contractuales tenían una duración, obra o causa diferente.

Aludió que la actora no podía considerarse que es una persona que se encuentra en debilidad manifiesta al 27 de noviembre del 2016, insistiendo, porque no existía limitación alguna que le impidiera la prestación del servicio por parte de la demandante. A lo que sumó que la sola existencia de recomendaciones laborales no conlleva la protección por estabilidad laboral reforzada. Agregó que no se podía tener en cuenta el estado de salud con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, menos las recomendaciones o calificaciones de pérdida de capacidad laboral o de origen de la enfermedad que se hubieren hecho, pues, la condición médica se debe evaluar antes del hito final. (CD fol. 505)

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que se encuentra demostrado que el 28 de agosto de 2007 inició labores a través de un contrato de trabajo con la empresa Caja de Compensación Familiar COMPENSAR, para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina, vínculo laboral que finalizó sin justa causa. Además, que en vigencia de la relación laboral estuvo en tratamiento médico frente a la patología síndrome del túnel carpiano, así como

el seguimiento por medicina general y especializada. Así las cosas, sostuvo que la encartada vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la salud, estabilidad laboral, vida digna y seguridad social con la terminación del vínculo laboral.

5.1. Parte demandada. En su escrito indicó que el contrato de trabajo de la actora se dio por finalizado a razón de una causa legal, esto es, la finalización de la obra o labor contratada que se encuentra en el artículo 61, literal d); es decir, que finalizó en razón a su propia naturaleza, desapareciendo las situaciones y circunstancias que lo mantenía vigente, por lo cual no había razón alguna para que se mantuvieran. Así, refirió que la finalización no se generó en razón al estado de salud de la demandante, en tanto que aquella no probó que presentará ningún tipo de calificación de PCL.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, salario, tampoco la labor de auxiliar de cocina que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y, además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo por obra o labor contratada (folios 181 a 183), liquidación final de prestaciones sociales (folios 220 y 221) y certificación laboral (folio 130).

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Revisadas las documentales que obran a folios 48 a 66 del expediente se tiene que el Juzgado Setenta y Ocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ordenó el reintegro de la demandante al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mejores condiciones y adecuado a su situación de salud. Así mismo, ordenó que Compensar remitiera "*la documentación solicitada por SALUD TOTAL EPS desde el 28 de diciembre de 2016, para que se pueda efectuar la calificación del origen de la enfermedad que aqueja a la accionante*". La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural resolviera de manera definitiva la controversia; determinación que fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para adolescentes con funciones de conocimiento en sentencia de tutela calendada del 19 de diciembre del 2017.

En cumplimiento a la orden de tutela, la actora fue reintegrada el 10 de marzo del 2017, al cargo de auxiliar de cocina, según se evidencia del Acta de Reintegro suscrita por las partes a folio 184 del expediente. Sin embargo, en vista que de la actora no acudió a la jurisdicción laboral en la forma como lo estableció el juez de tutela, la llamada a juicio, en misiva calendada del 6 de diciembre del 2017, decide notificarle la "*ratificación*" de

terminación del contrato de trabajo por cumplimiento de la obra o labor contratada de fecha 27 de noviembre de 2016 (folio 222).

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Compensar actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la pasiva, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 27 de noviembre del 2016.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de asignarle nuevas funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 27 de noviembre del 2016, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en condiciones regulares o habituales su oficio.

Ello, en razón a la patología diagnosticada por el médico tratante como "*SÍNDROME DE TÚNEL DEL CARPO DERECHO*", que dio lugar a un arduo tratamiento médico continuo e incesante, pues según se evidencia de los medios de convicción allegados al proceso, en lo particular al resumen de historia clínica de la IPS Virrey Solis, que acudió al médico especialista en ortopedia y traumatología, quien ordenó fisioterapias y rehabilitación, cuyas sesiones se prolongaron por varios meses, al punto que ante no su mejoría, se planteó por aquél el manejo quirúrgico de la patología, con la consecuente valoración por medicina laboral (folios 20 a 26). Además, se observa del acopio probatorio arrimado al plenario que la promotora del proceso se encontraba en tratamiento médico por lo menos desde el 28 de agosto del 2015, ordenándose desde aquella época por el galeno especialista uso de férula nocturna y recomendaciones médicas, tales como, evitar actividad prolongada y repetitiva en miembro superiores y pausas activas. (folios 29 a 34).

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que las citadas patologías tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la encartada, a través del programa preventivo, seguridad y salud en el trabajo, deba el registro de las pausas activas que tomaba la actora en vigencia de la relación laboral, en cumplimiento de las recomendaciones laborales que se dieron a través del médico en salud ocupacional de la entidad, según las cuales consistían en:

> *"1. Realizar pausas activas por lo menos 2 veces al día de 10 minutos de duración.*
> *2. Restringir actividades que impliquen levantamiento de cargas (Máximo 5 kg).*
> *3. No doblar turnos.*
> *4. Cumplir con las indicaciones de Higiene Postural en el puesto de trabajo.*
> *5. Mantener medidas de autocuidado (Bajar de peso, ejercicios de estiramiento, etc.)*
> *6. Continuar con controles médicos.*
> *7. Estas recomendaciones deben mantenerse en el ambiente intra y extra laboral."*

Galeno que también insistió en la importancia de su implementación, pues ello se traducía *"en la recuperación y mantenimiento de la Salud del Colaborador. Por parte de Salud Ocupacional, se continuará el seguimiento respectivo posterior a Terapias."*

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por la actora le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) Al momento de la terminación del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición especial de salud, el cual continuó aún con posterioridad a la culminación del laborío, conforme se avizora de las historias clínicas aportadas y que obran a folios 35 y ss; (iii) Dichas patologías dieron lugar a que Salud Total EPS, a través de su grupo interdisciplinario de medicina laboral, emitiera dictamen el 6 de abril del 2017 sobre calificación de origen de enfermedad en primera oportunidad, concluyendo que su origen es laboral, determinación que posteriormente fue confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 21 de diciembre del mismo año (folios 68 a 89). Debe dejarse claro que aunque la citada calificación se realizó con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, como se indicó atrás, tal valoración fue ordenada por el médico tratante desde el 18 de agosto del 2016, motivo por el que la EPS requirió documentación, solicitud que omitió al punto que el juez constitucional con tal propósito ordenó a Compensar el aporte la documentación necesaria para la calificación de la patología a la accionante; (iv) Ese contexto deja en evidencia que la enfermedad que aqueja a la promotora del proceso, era de conocimiento de la demandada, a lo anterior se suma el hecho de que la división médica ratificó las recomendaciones médicas dadas a la trabajadora, señalando su importancia para su mejoría.

Entonces, surge diáfano que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada si bien expuso insistentemente que el finiquito obedeció a la culminación de la obra contratada, pues es claro que de las pruebas aportadas, particularmente de las testimoniales practicadas y documentales allegadas, no se acreditó que precisamente haya sido por la extinción del convenio 2621 del 20 de mayo del 2016, celebrado entre la pasiva y la Secretaría Distrital de Educación del Distrito de Bogotá.

Esto de cara al citado contrato estatal, mismo que deja en evidencia que aquel vínculo perduró tiempo después a la finalización del laborío, pues así se puede leer de su cláusula novena que determinó que el plazo de su ejecución lo sería hasta el 30 de diciembre del 2016, además, por las prórrogas que se hizo al mismo y que llevaron a concluirlo hasta el 24 de marzo del 2017, según acta de liquidación militante a folios 452 y 453 del expediente.

Por consiguiente, si el contrato de trabajo que celebraron las partes estaba supeditado a la existencia del convenio estatal, es claro que su duración o límite temporal estaba circunscrito al cabo de ejecución y posteriores prórrogas, esto es, hasta el 24 de marzo del 2017 y no al 27 de noviembre del 2016, como lo pretende la recurrente; y se insiste, dada las estipulaciones de las partes que se suscribieron en el contrato de trabajo, según las cuales:

> *"**DURACIÓN DEL CONTRATO:** Mientras COMPENSAR suministre efectivamente el servicio de alimentación del segundo semestre del 2016, en desarrollo del convenio 2621 del 20 de mayo de 2016, celebrado entre la Caja de Compensación Familiar Compensar y la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá para el proyecto 897. (…) **PRIMERA.- OBJETO. EL EMPLEADOR** contrata los servicios profesionales de **EL TRABAJADOR** para la ejecución de la especifica obra o labor que implique el desarrollo de los servicios de Operación de Oficios Varios necesarios para el servicio de suministro de alimentos del segundo semestre del 2016, mientras que Compensar ejecute de manera efectiva el suministro del servicio de alimentación en ejecución del convenio (…)"*

De esta manera, a pesar de los esfuerzos de la recurrente por indicar que la terminación del contrato de trabajo se basó en una causa objetiva y no en razones discriminatorias, es evidente que tal situación no ocurrió así en este asunto, de cara al propio nexo contractual con la entidad distrital, significando de lo anterior que la notoria determinación que condujo al empleador para dar por terminado el vínculo laboral de la actora no es otra que sus condiciones de salud.

Ahora, sí al margen de lo anterior la Sala pasará por alto tal aspecto y diera por sentado que la desvinculación de la actora tuvo lugar a la culminación de la obra convenida, vale decir, bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues es claro que, a raíz de las afectaciones en la salud de la trabajadora, las cuales eran plenamente conocidas por la empleadora, entre otras, porque incidieron en su desempeño laboral, dado al tratamiento médico que llevó y las recomendaciones laborales que se expidieron, la encartada tenía la obligación de demostrar la imposibilidad física y material para reubicar a la demandante en otro cargo o a lo sumo demostrar que la materia del trabajo, las causas y necesidades del empleador que originaron la contratación de la demandante no subsistieron, con la consecuente convalidación de la autoridad administrativa competente, para finalmente llevar a la culminación de la relación laboral.

Ello en atención, a que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene por sentado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón determinante para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

> *"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones.*[18]
>
> *Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,*[19] *con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (…)*
>
> *En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."*

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es claro que la aquí actora es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada que pregona, de modo que el sentenciador de primer grado no incurrió en ningún desatino al colegir la procedencia del reintegro, no solo por las razones que indicó, sino, además, ya que es claro por la Sala que la extinción del convenio estatal no fue el motivo real que determinó la culminación del vínculo laboral entre las partes, cuando aquel subsistió por más de seis meses posteriores, siendo la causa de terminación el estado de debilidad manifiesta de la activa, sobre todo cuando se hace

hincapié en que la causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, esto es, "*por terminación de la obra o labor contratada"* no es un referente que puede invocar el empleador para culminar el vínculo laboral de la trabajadora en situación de discapacidad.

En síntesis, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa o en todo caso sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, toda vez que la llamada juicio tampoco solicitó a la encartada autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, se debe presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Orlinda María Tordecilla Cogollo y en tal virtud corresponde confirmar la decisión de primer grado.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la demandada y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio del 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Compensar.

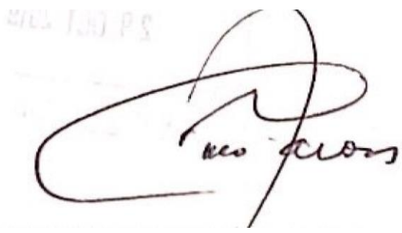
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

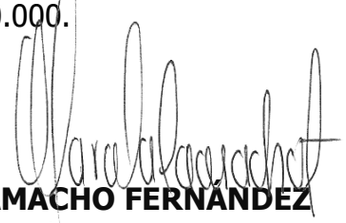


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Compensar en la suma de $500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ ALEXANDER RUEDA ESCOBAR
Demandado: MADAIRI AUTOS LIMITADA
Radicado No.: 04-2018-00764-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACIÓN – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Alexander Rueda Escobar, instauró demanda ordinaria contra Madairi Autos Limitada, con el propósito de que se declare que tuvo con la demandada cinco aparentes contratos de prestación de servicios entre el 21 de agosto de 2014 y el 12 de enero 2018, cuando en la realidad era un contrato de trabajo a término indefinido; que la demandada descontaba ilegalmente el 6% mensual por retención en la fuente y el 1% mensual por impuesto de Industria y Comercio durante el tiempo de servicios; que la remuneración pactada era por salario mixto, es decir, salario fijo y a destajo; que el contrato de trabajo terminó cuando se encontraba en tratamiento por un tumor con diagnóstico clínico de neoplasia fuso celular atípica, incapacitado por enfermedad general y, sin autorización del Inspector de Trabajo.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo solicita se disponga a su favor el pago de vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantías y sus intereses, sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, sanción por el no pago de los intereses moratorios, indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, indemnización del que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, aportes al sistema integral de seguridad social y caja de compensación familiar, "*indemnización moratoria por la falta de pago de aportes parafiscales y a la seguridad social a la terminación del contrato de trabajo*", perjuicios morales por el despido estando enfermo e incapacitado valorados en 50 salarios mínimos legales mensuales al año 2018, indexación, devolución de aportes que pagó a la Caja de Compensación Familiar Compensar, devolución de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente y por impuesto de industria y comercio y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió con la demandada cinco contratos de prestación de servicios, desde el 21 de agosto de 2014 hasta el 12 de enero de 2018, los cuales eran aparentes en tanto que cumplía órdenes, horario, trabajaba con herramientas de la demandada, no tuvo personas que le ayudarán a prestar el servicio y laboraba en el lugar dispuesto por el empleador.

En esa medida, sostuvo que existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, para desempeñar el cargo de ajustador y pintor de cabina de automóviles, cuya remuneración pactada correspondió a un salario fijo y a un salario por cada pieza pintada de $7.000 durante todo el tiempo de servicios. Agregó que la empleadora solo lo afilió al sistema de riesgos laborales, por lo que estuvo como afiliado independiente a salud, pensiones y Caja de Compensación Familiar.

En relación con la enfermedad general, indicó que sufrió un tumor con diagnóstico clínico de neoplasia fuso celular atípica, siendo incapacitado para labor, por lo que la demandada al terminar la relación de forma unilateral y sin justa causa el día 12 de enero de 2018, desconoció su estado de salud y, además, no pidió autorización al inspector de trabajo, lo que le produjo perjuicios morales. (Cuad.1, fol. 243 a 261).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que los contratos de prestación de servicios corresponden efectivamente a la real relación sostenida entre las partes, por lo que atendiendo a la naturaleza civil no existió subordinación alguna, en tanto que tenía autonomía técnica.

Expuso que los contratos de servicios suscritos entre las partes se trataban de una real relación civil y no laboral, los cuales fueron redactados con las formalidades y garantías de ley y, ejecutados conforme a las reglas propias del derecho privado, sin que se verificará ninguno de los elementos propios de una relación de trabajo, pues tenía completa autonomía técnica en atención a las metas trazadas por el contratista. Aludió a que existieron relaciones civiles materializadas en contratos de prestación de servicios los cuales estuvieron vigentes hasta el día 1 de febrero de 2018, en la medida que el contratista dejó de ejecutar las actividades a su cargo y sin dar aviso alguno a su contratante de la existencia de causal que lo justificara, por lo que informó a la correspondiente ARL que la relación contractual finalizó el día 1 de febrero de 2018.

Además, refirió que las incapacidades e historia clínica nunca le fueron puestas en su conocimiento. Propuso como medios exceptivos las de inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad de la contratante para verificar la estabilidad ocupacional reforzada, prescripción, compensación, buena fe y genérica. (Cuad.1, fol. 280 a 306).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2020, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante, no condenando en costas.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso a verificar si entre las partes existió una relación laboral sin solución de continuidad entre el 21 de agosto de 2014 al 12 de enero de 2018. En esa medida indicó que no existía duda de la prestación personal del servicio del demandante a favor de Madairi Autos Limitada, pues así lo estimaba no solo de las pruebas documentales aportadas, sino de las declaraciones rendidas al interior del proceso, por lo que al cumplir con la carga de la prueba que correspondía, obraba a su favor la presunción establecida en el artículo 24 del CST.

Así las cosas, indicó que con arreglo a los medios de convicción se concluía que la demandada logró desvirtuar la presunción contenida en el citado artículo y, por ende, que la relación contractual no se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo, en tanto que quedó plenamente demostrado que el actor no cumplía con un horario, ni funciones bajo una supeditada subordinación, por lo que contario a lo afirmado en la demanda, la relación contractual que ató a las partes no estuvo regida bajo la subordinación jurídica propia del contrato laboral, sino que la actividad contratada la prestó en forma autónoma e independiente. (cuad.2, fol. 800)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandada. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta que la empresa demandada fue la que hizo las afiliaciones a la seguridad social y cancelaba los aportes a dicho sistema, lo cual, fue confirmado por un testigo. Refirió que no se tuvo en cuenta que los extractos bancarios eran por nómina, tampoco que las herramientas de trabajo eran de propiedad de la demandada, por lo que está probado la existencia de la relación laboral.

Expuso que la empresa le entregaba elementos de seguridad del trabajo, además, que las incapacidades laborales se dieron como consecuencia de un carcinoma que no se refería a una enfermedad laboral, sino, a una enfermedad general, por lo que su ausencia no era por capricho, aunado a que tenía que pedir permiso. Indicó que en los contratos de prestación de servicios se indicaba su horario de trabajo, lo cual es indicativo de subordinación. Aludió a que existía un salario el cual era el mínimo legal para la época y un salario variable de $7.000 por cada unidad que el demandante pintara en la cabina, el cual se cancelaba en forma quincenal mediante consignación.

Sostuvo que su programación se hacía cada vez que los vehículos eran enviados por la aseguradora, por lo que no fijaba que vehículos tenía que reparar. Insistió en que la a quo no valoró el objeto social de la empresa, que es justamente reparar y pintar y vehículos, siendo una de las actividades misionales contratantes y no labores ajenas a la empresa. (cuad.2, fol. 800)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada. En su escrito aludió a que la relación contractual entre las partes no representó subordinación alguna, y, por el contrario se encontró demostrada la autonomía, independencia y suficiencia técnica de los servicios prestados por el demandante, pues éste definía la forma de intervención en las actividades asignadas, dependiendo de sus criterios técnicos y su experiencia acumulada; amén de la ausencia de horario específico de trabajo, inexistencia de potestad disciplinaria y la existencia de honorarios como remuneración.

Sostuvo que se encontró suficientemente probado el hecho de que, en la estructura de la empresa demandada, la vinculación del talento técnico se efectúa a través de la figura de la prestación de servicios, mientras que el equipo administrativo cuenta con vinculaciones laborales, diferenciación justificada por la dinámica propia de las actividades de la sociedad comercial, es decir, no se trata de actos con los que se pretenda encubrir las relaciones laborales sino de genuinas relaciones civiles, por lo que no hay lugar a dar aplicación a las reglas de la primacía de la realidad por sobre las formalidades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La sociedad Madairi Autos Limitada, fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

Relación laboral

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador*

colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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».”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios del señor José Alexander Rueda Escobar a la sociedad Madairi Autos Limitada, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la empresa, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio del señor José Alexander Rueda Escobar, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, para la cual a decirse, que contrario a lo esgrimido por la A quo, no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, , como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Rueda Escobar ejecutó la labor de "alistador cabinero para pintura a través de múltiples contratos de prestación de servicios como tampoco que la citada labor se hiciera con sus propios medios o que el trabajador realizará sus cotizaciones al sistema de seguridad social de forma independiente, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Lo anterior, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar, contrario al dicho de la demandada, que la labor ejecutada por el actor no se hacía en forma autónoma e independiente, pues al escuchar el relato de los testimonios que fueron allegados por la demandada dieron fe de que aunque entre las partes se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, el actor si se obligó a atender de forma especializada la labor de pintor de los vehículos colisionados que ingresados a la misma empresa, mediante estricta coordinación, programación, horario y cantidad, bajo la supedita supervisión de la pasiva.

Nótese que se recibieron las declaraciones de las señoras Irina Catalina Suescún, Oscar Mauricio Rodríguez, Yamira Inés López Uribe y Darwin Federik Medina Wintaco, testigos de la parte demandada, quienes en su relato manifestaron que, pese a que el actor fue contratado por sendos contratos de prestación de servicios, la actividad del actor no era autónoma e independiente, en tanto que, para ejecutarla no podía disponer de su tiempo, horario, además, por cuanto recibía órdenes del jefe de colisión de cómo o cuando realizar la actividad para la cual fue contratado, sin que de manera alguna pudiese colegir que dichas exigencias iban encaminadas a una simple inspección y vigilancia del contratante, en procura de cumplir el objeto de los contratos civiles.

De hecho, Irina Catalina Suescún (directora operativa), narró que la sociedad se dedicaba a prestar servicios a otras empresas de reparación de vehículos en el área de latonería y pintura, por lo que para realizar esa función necesitaban de la parte operativa, técnicos en carrocería, reparación de latas, laminas y pintura, alistadores y cabineros, siendo la función de este último, el acabado final de pintura y control de

calidad. Indicó que el demandante ejecutó dicha actividad, ejecutando la aplicación de pintura de cabina y posteriormente el control de calidad para determinar las correcciones que debía ser el alistador del vehículo, previa programación general que realizaba la empresa, por lo que, si bien el actor definía que automotores que debían entrar, lo hacía con base en la programación y en el estado de estos.

Agregó que, si requería el actor ausentarse, debía suplir la actividad con otro trabajador del mismo concesionario, aclarando que algunos alistadores también hacían dicha labor. Indicó que en varias oportunidades se ausentaba de la sede por temas personales y lo notificaba o lo hacía saber por intermedio del jefe de taller y, cuando presentaba incapacidades laborales en diferentes periodos, para ejercer control. Advirtió que ganaba honorarios los cuales eran variables, en tanto que eran por pieza alistada y pintada, lo cual dependía del volumen de trabajo y de las asignaciones que tuvieran los técnicos, además, se le pagaba un valor por el control de calidad; que, aunque el técnico no tenía horario de trabajo determinado, si se le hacían recomendaciones para que llegara temprano. Refirió que el contrato terminó debido a que muchas ocasiones el actor se ausentaba por razones personales y en muchos casos les tocaba suplir la ausencia de la persona en cabina por otra parte técnica o en algunos casos venían otra persona de otra sede de la empresa, por lo que ante los ausentismos la parte técnica se vio afectada; respecto de los aportes realizados al sistema de seguridad social, señaló que se hacía el descuento en la cuenta de cobro quincenalmente, lo cual se le compensaba posteriormente al demandante, por acuerdo entre las partes.

Por su parte el señor Oscar Mauricio Rodríguez (compañero de trabajo) explicó que el promotor de la litis desempeñó el cargo de carabinero cuya función era la de pintar piezas de los autos mediante una pistola, el cual utilizaba elementos de protección especial los cuales eran suministrados por la empresa. Sostuvo que cada uno se fijaba el salario, puesto que trabajan por prestación de servicios y dependía del flujo de trabajo, además, que tenía una hoja de control para que la empresa hiciera los pagos. Refirió que existe una programación de los vehículos que entran a pintar, la cual es entregada por el jefe de taller y de los alistadores, pues ellos son los que alistan las piezas a pintar.

Mientras que Yamira Inés López Uribe (asesora de colisión) reiteró lo antes dicho por los otros testigos, acotando que el sueldo era variable y dependía de lo que pintaba, que, pese a que no tener una jefe quien le diera ordenes, la empresa si hacía una coordinación sobre las actividades que realizaba, pues era responsabilidad de la empresa en la entrega de automotores a las empresas usuarias; y finalmente el señor Darwin Federik Medina Wintaco (jede de colisión) indicó que el actor prestó el servicio de cabinero, es decir, aplicación de pintura de colores en la cabina, dentro del horario abierto al público, quien tenía la capacidad de prestar la labor sin necesidad de que alguien le manifestará como hacerlo, pues estaba en la capacidad dada su profesión. Refirió que cada lunes se reunían con los encargados del concesionario para la programación de la cantidad de vehículos que entraban, oportunidad en la que se programaban sus entregas, las cuales, se ponían de conocimiento al cabinero mediante un registro y cronograma, que podía ser cambiado de acuerdo con el flujo de su trabajo.

Tales afirmaciones, además, denotan que la labor no era extraña al objeto social de la compañía, ni ocasional en la empresa pues se prestó durante más de 4 años, por el contrario, tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para el cargo de carabinero. Muestra de ello es que cada uno de los testigos indicaron que la operación de la empresa fue afectada por las incapacidades y

ausentismos que presentaba el trabajador, al punto que necesitaban suplir sus labores con otros trabajadores.

Ahora, si bien la demandada repara que la actividad la ejecutaba se hacía en forma autónoma e independiente, en tanto que el actor decidida que vehículo entraba a aplicar la pintura, lo cierto es que ello es un eufemismo para esconder la verdadera relación que ató a las partes, pues contrario a ello, lo que ciertamente se observa es que las decisiones que tomaba al respecto lo eran únicamente para poder realizar sus actividades de forma ágil y efectiva, en tanto que si veía que la pieza no estaba con las condiciones requeridas, las devolvía para los respectivos ajustes por parte de los alistadores.

Adicionalmente, obsérvese que la actividad principal que desarrollaba el actor consistía en la prestación de servicios de carabinero cuya función principal era la pintar piezas de automotores, lo cual, guarda relación con el objeto de la empresa, en tanto que el certificado de existencia y representación legal a folios 238 a 240 del expediente, advierte que la sociedad tiene por objeto principal, entre otras, mantenimiento y reparación general de toda clase de vehículos automotores y arreglo y pintura de vehículos colisionados, por lo que tal actividad que ejerció el demandante en forma personal, es una labor necesaria para el desarrollo del objeto social de la empresa y por ello debía ser contratada con ajuste a la normativa laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Además, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala son las documentales adosadas a folios 38 a 133, 400 a 405 y 418 a 783, en la que se hacer saber los honorarios pagados al actor. Sobre ello fácil resulta deducir que, aunque el monto variaba mes a mes, no obstante, las partes aclararon que dependía del número de piezas pintadas y control de calidad de las mismas, situación que se reafirma por lo aducido por los testigos, quienes señalaron enfáticamente que la labor que ejercía el actor dependía del volumen de piezas pintadas, situación que denota un pacto de salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el art. 132 del CST.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 21 de agosto de 2014 al 12 de enero de 2018. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia de los contratos de prestación de servicios aportados por las partes, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 21 de agosto del 2014 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19)

Ahora, respecto del extremo final si bien la parte demandada no desconoció la prestación personal del señor José Alexander Rueda Escobar hasta el 1 de febrero del 2018, lo cierto es que la parte actora sostuvo desde el escrito de demanda que aquel vínculo feneció el 12 de enero del 2018, por tal razón en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

Salario

Señaló la parte actora que devengó como remuneración de sus servicios el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad más el valor de $7.000 por pieza pintada, frente a lo cual la demandada señaló ser cierto, pues su único reparo consistió en que se trataba de honorarios. Ahora, en términos del artículo 167 del C.G.P., la primera de ellas deberá probar que correspondió como salario a destajo.

Con este fin, se allegaron las cuentas de cobro de alguno de los meses laborados por el promotor del proceso, en las que se expone el número de piezas pintadas, el valor total y una suma por concepto de servicios de cabina (cuad.1, fol. 38 a 133). Además, se arrimó certificaciones expedidas por Davivienda, en la que expone las operaciones bancarias registradas como "*Abono en Cuenta Por Pago de Nómina*", para el periodo de septiembre de 2014 a junio de 2018 (cuad.1, fol. 134 a 181). Por último, obra certificación expedida por la empresa demandada, misma en la que se registra que el demandante devengó un promedio de $5.684.000 en los meses de enero y febrero del año 2015 (cuad.1, fol. 400); un promedio mensual de $2.900.000 a junio de 2015; para diciembre del mismo año 2015 un promedio de $2.250.000. (cuad.2, fol. 401 y 402)

En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados documentos, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad tampoco desconocidas por la accionada, en el cual se incluirá la asignación salarial base, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente. En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

- 2014, el salario de $1.815.300.
- 2015, el salario de $2.112.638
- 2016, el salario de $2.105.351
- 2017, el salario de $1.652.577
- 2018, el salario de $1.539.955

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor José Alexander Rueda Escobar, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el gestor de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **25 de octubre del 2018.** En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **causados** con anterioridad al **25 de octubre del 2015.**

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción.**

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **16 de noviembre del 2014.**

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía.

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$6.577.422** por concepto de auxilio de cesantías entre el 21 de agosto de 2014 al 12 de enero de 2018.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2014	$ 1.815.300	$ 0	$ 1.815.300	130	$ 655.525
2015	$ 2.112.638	$ 0	$ 2.112.638	360	$ 2.112.638
2016	$ 2.105.351	$ 0	$ 2.105.351	360	$ 2.105.351
2017	$ 1.652.577	$ 0	$ 1.652.577	360	$ 1.652.577
2018	$ 1.539.955	$ 0	$ 1.539.955	12	$ 51.332
Total Auxilio de cesantías					**$ 6.577.422**

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **$704.673** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2014	ene-15	prescritos		
2015	ene-16	360	$ 2.112.638	$ 253.517
2016	ene-17	360	$ 2.105.351	$ 252.642
2017	ene-18	360	$ 1.652.577	$ 198.309
2018	Terminación del Contrato	12	$ 51.332	$ 205
Intereses a las cesantías				**$ 704.673**

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de

los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **$704.673** a título de indemnización.

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **$4.865.579** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
dic-14	Prescritas				
jun-15					
dic-15	$ 2.112.638	0	$ 2.112.638	180	$ 1.056.319
jun-16	$ 2.346.413	0	$ 2.346.413	180	$ 1.173.207
dic-16	$ 1.864.288	0	$ 1.864.288	180	$ 932.144
jun-17	$ 1.605.134	0	$ 1.605.134	180	$ 802.567
dic-17	$ 1.700.021	0	$ 1.700.021	180	$ 850.011
12/01/2018 Término Contrato	$ 1.539.955	0	$ 1.539.955	12	$ 51.332
Total Prima de servicio					**$ 4.865.579**

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **$1.843.668** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 21/08/2014				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
21/08/2014 a 20/08/2015	21/08/2016	$ 1.539.955	360	$ 769.978
21/08/2015 a 20/08/2016	21/08/2017	$ 1.539.955	360	$ 769.978
21/08/2017 a 12/01/2018	Terminación del Contrato	$ 1.539.955	142	$ 303.713
Total vacaciones				**$ 1.843.668**

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 241, acta de reparto del 25 de octubre de 2018), le corresponde la suma de $51.332 desde el 13 de enero de 2018 hasta que se efectué el pago total de las acreencias adeudas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral el señor José Alexander Rueda Escobar devengaba un salario mensual de **$1.539.955** tal como se expuso.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$55.551.758**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTOTAL MORATORIA**
2014	$ 1.815.300	25/10/2015	31/12/2015	$ 60.510	66	$ 3.993.660
2014	$ 2.112.638	1/01/2016	14/02/2016	$ 70.421	45	$ 3.168.957
2015	$ 2.112.638	15/02/2016	31/12/2016	$ 70.421	317	$ 22.323.542
2015	$ 2.105.351	1/01/2017	14/02/2017	$ 70.178	45	$ 3.158.027
2016	$ 2.105.351	15/02/2017	31/12/2017	$ 70.178	317	$ 22.246.542
2016	$ 1.652.577	1/01/2018	12/01/2018	$ 55.086	12	$ 661.031
TOTAL SANCIÓN						**$ 55.551.758**

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedido sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la

otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que el demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que no fue desconocido para la demandada que el contrato de prestación de servicios lo finalizó de forma unilateral, pues admitió al dar respuesta al hecho 63 de la demanda que *"la terminación del contrato de prestación de servicios se dio en virtud de que el contratista dejó de ejecutar las actividades a su cargo sin dar aviso alguno a su contratante de la existencia de causal que lo justificará"*; situación que ratificó con la carta de terminación de contrato de prestación de servicios que elevó ante Positiva Compañía de Seguros, en la que informó *"Mediante la presente informamos a ustedes la terminación del contrato de prestación de servicios, actividad Alistador Cabinero y Control Cabina"* (Cuad.1,fol. 307).

De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva no solo acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa, sino, además, que cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, ya que i) el señor José Alexander Rueda Escobar no tuvo conocimiento del motivo del despido, pues tampoco se le expuso que el finiquitó obedeció a su ausencia laboral; ii) ni se le garantizó el derecho de defensa, pues no se le permitió en dado caso dar las razones por las cuales abandonó el puesto de trabajo o justificar su ausencia al sitio de trabajo, siendo obligación del empleador hacer uso de todos los medios a su alcance para este fin, so pena de tener por injusto el despido (CSJ SL4547/18); iii) además, debe tenerse en cuenta que si bien el empleador adujo que el motivo de la terminación fue como consecuencia de que el demandante no volvió a ejercer su actividad laboral, tal afirmación no es admisible para la Sala si se tiene en cuenta que el actor para el 12 de enero del 2018 se encontraba gozando de incapacidad laboral, periodo durante el cual el trabajador quedó incapacitado para trabajar, descartando dichas aseveraciones.

Así las cosas, no hay ningún solo medio de prueba que permita acreditar que en verdad el actor incumplió con sus obligaciones contractuales y en esa medida tener por cierto que ello obedeció a una justa causa, no quedando otro camino que ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **$4.200.655**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por el actor se enmarca en el literal "a" del Art. 64 en cita, en tanto que el trabajador devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
$ 1.539.955	21/08/2014	20/08/2015	$ 51.332	360	**$ 1.539.955**
$ 1.539.955	21/08/2015	20/08/2016	$ 51.332	360	**$ 1.026.637**
$ 1.539.955	21/08/2016	20/08/2017	$ 51.332	360	**$ 1.026.637**

Indemnización por despido sin justa causa					
$ 1.539.955	21/08/2017	12/01/2018	$ 51.332	142	**$ 607.427**
TOTAL					**$ 4.200.655**

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente a establecer si la empleadora actúo de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 12 de enero del 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz. No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción. Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad*

en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe medio de convicción que lleve a concluir a la Sala que para la fecha en que la encartada término el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impidiera sustancialmente ejecutar la labor o en sumo realizarla en las condiciones regulares o habituales de su oficio, dado su diagnóstico de "S143", no siendo suficiente para ello, allegar las incapacidades médicas generadas a su favor, pues aunque es cierto que una se encontraba vigente para el momento del finiquito, no puede avistarse que el diagnostico registrado tuviera la suficiente magnitud que conllevará activar la protección que demanda, pues fue el mismo actor quien en diligencia de interrogatorio de parte manifestó que, pese a que se le otorgaron las incapacidades laborales siguió ejerciendo su labor, no haciendo uso del reposo físico tendiente a su recuperación, de allí que su salario a destajo en el tiempo que estuvo incapacitado no presentó variación o disminución. Todo lo cual impone a esta Colegiatura absolver de esta pretensión y de la consecuencial de indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Perjuicios materiales y morales

Es del caso recordar que la parte actora solicita que se condene a título de indemnización los perjuicios extrapatrimoniales o morales como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral estando enfermo, dado que le trajo consigo un impacto emocional que lo conllevó a sufrir moralmente, además, indica que se vio afectado porque no ha conseguido conseguir un nuevo empleo.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización, una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y el nexo de causalidad que debe existir entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos son considerados como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral, aduciendo que aquello le trajo consigo un perjuicio moral, por manera que solicita su pago. Sin embargo, para la Sala es claro que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia del perjuicio pretendido, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del daño moral sufrido.

En ese sentido, y contrario a lo aducido por el actor, el daño moral no puede ser presumido a partir de la conducta que el empleador tomó al terminar la relación laboral, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se allegó medio de convicción para su demostración, al punto que esta Sala tampoco evidencia que esté probada la actuación culposa y reprochable de la demandada, cuando esta decidió finiquitar el laborío, pues como se vio en líneas atrás, la terminación no fue producto o como consecuencia de la enfermedad que aduce padece, de manera que su obrar no tenga fuente inmediata en un hecho antijurídico o un obrar negligente, como lo pretende hacer valer el demandante.

De ahí que al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y el daño previamente probado, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende. En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue absolver a la demandada en lo que hace a esta pretensión.

Aportes al sistema de seguridad social

Sobre este tópico pretende el demandante "*el pago de aportes a la seguridad social por salud, pensiones y riesgos laborales durante toda la relación laboral, pago que deberá hacerse directamente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., A EPS FAMISANAR LTDA y a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a las cuales se encontraba afiliado el demandante*"

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que a folios 317 a 359 aparecen probados los pagos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y ARL que realizó el señor José Alexander Rueda Escobar como trabajador independiente. No obstante, aquí se halla probado que dichas sumas no eran realizadas directamente por el accionante, sino que los pagos se sufragaban directamente por el empleador por acuerdo entre las partes, sin que se haya hecho descuento alguno al trabajador, pues, así lo indicaron enfáticamente los señores Irina Catalina Suescún, Yamira Inés López Uribe y Darwin Federik Medina Wintaco, hecho que también fue corroborado por la parte demandante en la apelación que expuso.

En ese sentido y como quiera que la parte demandada cumplió con la carga que le correspondía de hacer el pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, sin que la parte demandante haya solicitado la reliquidación de dichos aportes conforme al salario aquí determinado, a la Sala no le queda otro camino que absolver de esta pretensión a la pasiva.

Aportes a Caja de Compensación Familiar

En lo que hace a este aspecto, la parte actora pretende la devolución de los aportes que realizó a la Caja de Compensación Familiar Compensar y para tal efecto arrima al proceso certificado de afiliación a Compensar. Sin embargo, sería del caso acceder a tal pedimento, sino es porque se evidencia que el actor no cumplió con la carga que le correspondía, esto es, allegar prueba de las sumas que por dicho concepto sufragó. En consecuencia, se absolverá de tal pretensión a la parte demandada.

Devolución de retención en la fuente e impuesto de industria y comercio

En la misma línea, la devolución de la retención en la fuente y del impuesto de industria y comercio, por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete a la Sala ordenar la restitución de los dineros por este concepto, pues esta debe pedirse y ser estudiada por la DIAN y la Secretaría de Hacienda respectiva. (SL9641-2014, SL3157-2020, SL4189-2020, SL2872-2021, entre otras).

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 13 de enero de 2018 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de agosto del 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **JOSÉ ALEXANDER RUEDA ESCOBAR** y la empresa **MADAIRI AUTOS LIMITADA** entre el 21 de agosto de 2014 al 12 de enero de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **MADAIRI AUTOS LIMITADA** a pagar al señor **JOSÉ ALEXANDER RUEDA ESCOBAR** las siguientes sumas de dinero:

a) **$6.577.422**, por concepto de auxilio de cesantía.
b) **$704.673**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
c) **$704.673**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía.
d) **$4.865.579**, por concepto de prima de servicios.

e) **$1.843.668,** por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de enero de 2018 y como IPC final al momento de su pago.
f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma diaria de **$51.332** a partir del 13 de enero de 2018 hasta que se efectué el pago total de las prestaciones adeudas.
g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **$55.551.758**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de enero de 2018 y como IPC final al momento de su pago.
h) Por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **$4.200.655**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de enero de 2018 y como IPC final al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **JOSÉ ALEXANDER RUEDA ESCOBAR.**

CUARTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **MADAIRI AUTOS LIMITADA**.

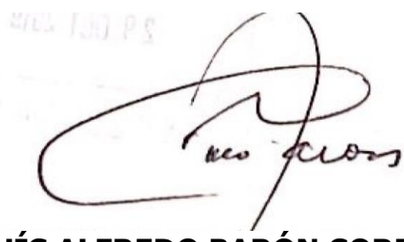
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

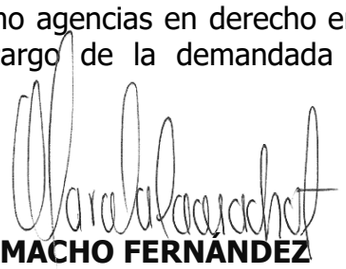


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **JOSÉ ALEXANDER RUEDA ESCOBAR** y a cargo de la demandada en la suma de $2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAROLINA GUARÍN NIÑO
Demandada: ALFAGRES SA
Radicado No.: 26-2018-00311-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN- REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Carolina Guarín Niño, instauró demanda ordinaria contra Alfagres SA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de enero del 2003 al 27 de junio del 2015, fecha en la cual fue despedida sin justa causa y encontrándose amparada bajo el derecho a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el reintegro en un sitio de trabajo que pueda desempeñar de acuerdo con las recomendaciones que se expidan para tal efecto, el pago de salario, vacaciones, cesantía y sus intereses y prima de servicios dejadas de percibir, aportes al sistema de seguridad social, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios personales a favor de la empresa demandada desde el 1 de enero del 2003, recibiendo mensualmente un salario mínimo legal mensual vigente, como contraprestación directa a sus servicios. Refirió que la relación laboral inició en aquella fecha por medio de empresas temporales, misma que se prolongó hasta el 27 de julio 2007, tiempo durante el cual recibía órdenes directamente por la empresa, pese a que su salario era pagado por las citadas temporales; que desde aquella fecha inició a recibir salario de la encartada. Indicó que su labor consistía principalmente en clasificar tabletas y tablones para pisos, empacando y empujando cajas hasta determinado lugar, en jornadas de 8 horas diarias.

Esgrimió que en el año 2007 inició a sentir dolor cervical, de cabeza y paleta, por lo que el 22 de agosto del 2013 fue enviada por personal de la empresa a la clínica del dolor, lugar en donde le hicieron tratamiento de infiltraciones durante 8 meses. Así, luego de hacer alusión a su historial médico, aludió a que el 19 de febrero del 2015 le fue expedida restricción laboral por Compensar EPS, sin embargo, no fue reubicada y tuvo que continuar trabajando en el mismo sitio de trabajo. Refirió que debido a la recomendación

laboral y sin que existiera justa causa, fue despedida de su trabajo el 27 de junio del 2015. (Expediente digital, PDF 01. Exp. 2018-00311, pág. 4 a 14).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, argumentando que no fue despedida por la empresa, en tanto que la terminación de la relación laboral se generó por el mutuo consentimiento de ambas partes con fundamento en el principio de autonomía privada de la voluntad. En ese sentido, aludió a que la finalización no se dio por razón de las supuestas dolencias y limitaciones en su salud, pues obedeció a un acuerdo de voluntades libre y espontáneo. Aclaró que entre las partes existió una relación laboral regulada por un contrato individual de trabajo a término fijo; que liquidó y pagó todas las acreencias laborales de la actora en forma completa y oportuna; y afilió y canceló en forma completa todos los aportes a la seguridad social integral. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción e inexistencia de la obligación. (Expediente digital, PDF 01. Exp. 2018-00311, pág. 195 a 199).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2020, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar en primer lugar la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales, por lo que luego de citar lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del CST, indicó que la parte demandante no logró demostrar la prestación del servicio desde el 1 de enero del 2003, además, porque le correspondía vincular al proceso las empresas de servicios temporales, lo anterior para acreditar que el contrato entre la demandada y aquellas no era válido. De tal manera debía tener en cuenta como hitos temporales de la relación laboral los señalados por el apoderado judicial de la parte demandada, esto es, que la demandante prestó sus servicios desde el 27 de julio de 2007 al 23 de junio del 2015.

Sentado lo anterior, se dispuso a determinar si a la finalización del vínculo contractual la demandante ostentaba la calidad o tenía la protección especial consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con ese propósito citó la señalada norma y dijo que acogía el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el litigio, por manera que indicó que al no haberse acreditado una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, con fecha de estructuración antes del finiquito laboral, tampoco que la terminación del vínculo laboral lo fue por la enfermedad de la actora, en tanto que obedeció a un mutuo consentimiento entre las partes, debía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones en la demanda. (Expediente digital, PDF 01. Exp. 2018-00311, pág. 195 a 199).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que la A quo no tuvo por probado que se encontraba amparada bajo el derecho fundamental de la estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato laboral. Refirió a que dentro del expediente se encuentran las pruebas que permiten llegar a esa conclusión, en tanto que dan cuentan que se hallaba con afectaciones a su salud en el momento de la terminación del nexo contractual y se encontraba con recomendaciones médicas que le impedían de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares, situación conocida por la empresa demandada.

Aludió que debía tenerse en cuenta la función que desempeñó, como quiera que no era una labor de oficina, sino requería de su fuerza, de ahí las recomendaciones laborales de

su EPS, por lo que mal podría decirse que no se logró probar dentro del proceso que hubiese sido despedida con ocasión a su enfermedad, máxime cuando se encontraba discapacitada en dicho momento y así lo aceptó el representante legal de la empresa. Agregó que sobre la calificación de pérdida de capacidad laboral la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional no necesariamente se deriva de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de la mengua laboral. (Expediente digital, audio 04. Audiencia 2018-311 (BG) Fallo)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que dentro del expediente se encuentran las pruebas que permiten llegar a la conclusión que se encontraba con afectaciones a su salud en el momento de su despido o de la terminación del contrato de trabajo. Refirió que al momento del despido estaba bajo recomendaciones médicas que le impedían de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares. Más clara aún es la aceptación que en su momento hiciera el representante legal del Alfagres, quien de manera expresa aceptó tener conocimiento de la condición de salud de la accionante al momento de terminación de su contrato de trabajo.

5.2. Parte demandada. En su escrito de alegaciones indicó que la terminación de la relación laboral que existió entre las partes no se dio por las supuestas dolencias y limitaciones en la salud, pues lo que ocurrió fue que finiquitó por muto consentimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

- ✓ Para tal fin se entrará a determinar, ¿La terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

La relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia, ni la labor de Operaria que ejerció la accionante, tampoco la modalidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes, hechos que no fueron recurridos por las partes y, además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Alfagres SA actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento en que se finiquitó la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de

1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 23 de junio del 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban**

ejecutar la labor de manera trascendental, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Bajo los anteriores paramentos se entrará a determinar la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 23 de junio del 2015, fecha en que se finalizó el contrato de trabajo, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías diagnosticadas "presincope nuerocardiogénico tipo I mixto" y "migraña", respecto de las cuales recibió arduo tratamiento médico tiempo atrás al finiquito, no solo por medicina general, sino por diferentes especialidades médicas, al punto que se registró en historia clínica del 28 de mayo del 2015, emitida por la EPS Compensar, que "*con cuadro clínico de 8 años de dolor en la región dorsal, se irradia a toda la espalda intermitente, se empeora al presionar la espalda, tipo punzada, se mejora parcialmente con el naproxeno. EVA de 8-9/10*", quien ha recibido terapia física de 4-5 años atrás e infiltraciones cada 3 meses con el propósito de disminuir el dolor que le genera la enfermedad, oportunidad además en el que le fue ordenada resonancia nuclear magnética de columna torácica simple y consulta por primera vez por medicina física.

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegó recomendación laboral expedida por Compensar EPS de fecha 19 de febrero de 2015, con vigencia de seis meses, la cual también fue dirigida a la accionada con el propósito de evitar la progresión de la enfermedad y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar:

> "*1- No manipular cargas superiores a 5 kilos de peso.*
> *2- Realizar pausas activas por lo menos dos veces al día de 10 minutos de duración cada una con el fin de repasar ejercicios vistos en terapia.*
> *3- Restringir deambulación por escaleras.*
> *4- Restringir actividades que impliquen agacharse o arrodillarse.*
> *5- Restringir actividades que impliquen halar o empujar.*
> *6- Rotar la postura de pie y sentando al menos cada hora.*
> *7- Restringir exposición al calor.*
> *8- Restringir exposición a ruido intenso.*
> *9- Jornada laboral de máximo 8 horas diarias diurnas, no horas extras, ni turnos nocturnos.*
> *5. Continuar controles con médico tratante, permitir que la trabajadora acuda a las diferentes citas médicas y/o terapias a las que haya lugar"*

Lo anterior, da lugar a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedía o dificultaba ejecutar la labor de manera trascendental, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos ante la falta de calificación del origen de la enfermedad para el momento de la finalización del vínculo laboral, como equivocadamente lo expuso la A quo para desestimar que las patologías no le impedían sustancialmente ejercer su actividad de operaria, pues siguiendo los derroteros expuestos por nuestra CSJ- Sala de Casación laboral, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en la sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por la actora le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) Al momento de la finalización del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, que continuó conforme se avizora de las historias clínicas expedida por EPS Compensar, aun con posterioridad a la fecha del finiquito laboral; (iii) Patologías que eran de conocimiento de la demandada, pues la enfermedad venía siendo tratada médicamente por lo menos 8 años atrás de finalización del vínculo laboral, tiempo durante el cual le fueron expedidas incapacidades médicas; acotando que (iv) si bien en el momento en que fue finalizado el vínculo laboral la actora no contaba con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, también lo es que el haz probatorio da cuenta que la enfermedad tuvo la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al emitir Compensar EPS la recomendación médica laboral en la que se alteraron las condiciones de trabajo de la promotora de la litis y que tuvo que ser acogida por su empleador, pues así lo indicó al contestar el hecho veintitrés de la demanda, en el que aceptó "*recibió comunicaciones sobre restricciones al trabajo de la demandante y se cumplieron en la medida en que fue posible*"; (v)

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el demandante sí se vieron afectadas por su patología y, en esa medida se le encuentra razón a la censura cuando asegura que dichas evidencias no fueron apreciadas por el sentenciador de primer grado, mismas que daban cuenta de la real afectación en su salud que le dificulta ejecutar la labor de manera normal o regular, de ahí que se evidencie un claro error en su intelección.

Ahora, debe dejarse claro que la terminación del contrato de trabajo no fue un acto unilateral del empleador, a contrario sensu, se encuentra acreditado que el finiquito laboral obedeció a la voluntad de las partes, como se extrae del "*ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO CONSENTIMIENTO*", en la cual se indicó que:

> "*Entre los suscritos, **GERMAN EDUARDO RAMÍREZ DALLOS**, quien obra en nombre y Representación de la Empresa que gira bajo la razón social de **ALFAGRES S.A.**, en su calidad de Empleadora, y de la otra el (la) señor (a) **Carolina Guarín Niño**, en su calidad de Trabajador (a), en forma libre, voluntaria y espontánea hemos convenido:*
>
> 1. *Dar por terminado por mutuo consentimiento, en los términos del art. 5, literal b), de la ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo; del contrato de trabajo suscrito el día 27 de julio de 2007. (…)*"

Con el consecuente pago:

> "*(…) de una bonificación no constitutiva de salario ni factor salarial para efectos prestacionales conforme al artículo 5° De la ley 50 de 1990 antes referida, por así convenirlo con el (la) trabajador (a), en la suma de cuatro millones ochocientos ochenta mil ciento veinticuatro pesos ($4.880.124.oo) la cual será cancelada mediante transferencia bancaria conforme a la autorización del trabajador.*"

De ahí que, contrario a lo expuesto por la censura, no se observe ningún yerro en el argumento de la Juzgadora de primer grado en la medida que consideró probado que la finalización fue producto del acuerdo entre las partes, causal contemplada en el literal b) numeral 1 del art. 61 del CST.

Pese a tal situación, la Sala no puede concluir que la decisión de dar por finalizado el vínculo laboral que ató a las partes no se sitúo en un acto discriminatorio de la trabajadora CAROLINA GUARÍN NIÑO, quien, como se dijo en líneas precedentes, contaba con

especial protección constitucional, ello en la medida en que la estabilidad laboral reforzada derivada de tal valor ius fundamental adquirió una connotación de ser un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, no susceptible de ser transado por las partes, conforme lo estipula el artículo 15 del C.S.T. y se precisó por nuestro máximo órgano de justicia ordinaria, entre otras, en la sentencia SL2503 de 2017. De esta manera, aunque la terminación del contrato surja como consecuencia de las expresión de la voluntad de las partes, la misma no podía surtir efectos, como pretende la demandada, pues ni siquiera la trabajadora a través de una expresión de voluntad libre, podía renunciar a las garantías mínimas a las que tiene derecho, ya que estas revisten tal envergadura que no podían ser objeto de acuerdo o transacción, máxime cuando tampoco se demostró que al momento de su suscripción hubieran desaparecido de la trabajadora las circunstancias generadoras de la estabilidad.

Es preciso indicar que sentencia C-531 de 2000, declaró condicionalmente exequible un aparte del artículo 26 de la ley 361 de 1996, bajo el entendido que el despido o la **terminación del contrato** de trabajo por razón de la limitación del trabajador "no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización". Al respecto, se debe hacer notar que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no solo indica que se requiere del permiso del Ministerio del Trabajo en los casos de despido de trabajador, sino que es también obligación del empleador contar con su autorización cuando se pretenda terminar el vínculo laboral del trabajador sujeto de protección por la aludida causa.

Tenemos que por expreso mandato Constitucional y legal era deber del empleador solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para terminar el contrato de trabajo de la promotora de la litis, situación que en el caso de autos no se evidencia, pues, no obra dentro del plenario constancia de trámite ante la entidad administrativa.

Así las cosas, dado que la transacción versó sobre derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables de la demandante CAROLINA GUARÍN NIÑO y en la medida que tampoco medio autorización por parte del Ministerio de Trabajo, en los términos del artículo 15 del CST se deberá declarar la ineficacia del acta de terminación del contrato de trabajo suscrita entre las partes el 23 de junio del 2015 y como consecuencia de lo anterior, se revocará la sentencia apelada, para en su lugar, ordenar a partir del 23 de junio del 2015 el reintegro de la demandante al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior jerarquía, siempre que sean compatibles con su estado de salud, sin que para todos los efectos salariales, prestacionales, de vacaciones y de seguridad social haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es

decir, 23 de junio del 2015 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 14 de junio del 2018, conforme da cuenta acta de reparto que obra en el plenario, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habérsele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

> *"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes."* (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **$3.866.100.**

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2015	$ 644.350	180	$ 3.866.100
Total			**$ 3.866.100**

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 24 de junio del 2015 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Costas.

En ambas instancias a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadors a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **ALFAGRES SA** al reintegro de la señora **CAROLINA GUARÍN NIÑO**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, dejadas de percibir entre el 23 de junio del 2015 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: **CONDENAR** a **ALFAGRES SA** a pagar a **CAROLINA GUARÍN NIÑO** la suma de **$3.866.100**, por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por la demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **ALFAGRES SA**.

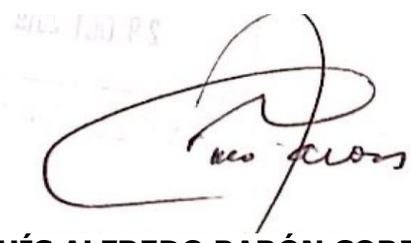
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

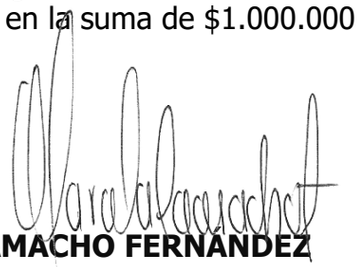


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **CAROLINA GUARÍN NIÑO** y a cargo de la demandada en la suma de $1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ADRIANA PAVÍA TORRES
Demandado:	COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación:	1100131050-14-2018-00196-01
Tema:	APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adriana Pavía Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Protección S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se disponga a su favor que Colpensiones la tenga entre sus afilados en el RPMPD, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se trasladó a la AFP Porvenir el día 4 de agosto de 2000, en tanto que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD como en el RAIS y le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el RAIS, por manera que no fue asesorada en debida forma. Refirió que posteriormente se trasladó a la AFP Pensiones Santander el 5 de octubre de 2001 y seguidamente retornó a la AFP Porvenir el día 20 de marzo de 2003, fondo en el cual se encuentra actualmente afiliada (fol. 61 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 84 anverso); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda señalando que la misma demandante por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar el mismo. Además, que el art. 2 de la ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años, sin embargo, el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003 limita este derecho cuando al afiliado le falte 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Igualmente, señaló que los diferentes

traslados en el RAIS efectuados por la actora concluyen que se encontraba conforme con las condiciones, ventajas y desventajas del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fol. 97 y ss.).

3.2. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado a la AFP Porvenir se presume válido y eficaz, correspondiendo a la actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Sostuvo que el traslado a la AFP Protección es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, en la medida que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, por lo que no existió ningún vicio del consentimiento, tampoco se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a la AFP. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Santander hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica (fol. 117 y ss.).

3.3. AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Manifestó que las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS. Además, que la actora tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, dejando constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fol. 156 y ss.).

4. Actuación Procesal. En auto del 16 de abril del 2021 el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del proceso de referencia (exp. digital PDF 003 auto avoca…).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de julio de 2021, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.

Así mismo, ordenó a la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos gastos de administración y primas de seguros, a prorrata del tiempo en que permaneció afiliada a cada fondo. Ordenó a Colpensiones que acepte a la accionante en el RPMPD, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados. Dispuso el pago de costas procesales a la AFP Porvenir SA.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, en el sentido que la carga de la prueba le corresponde a la AFP y, por tanto, no podía hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Afirmó, que las AFPs para la fecha del traslado tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su

situación pensional, en tanto que no se trata de firmar un formato, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. AFP Porvenir SA. Argumenta que, la AFP brindó una información, clara, completa y comprensible a la demandante, además que no se probó qué Porvenir le hubiera causado algún tipo de daño ni perjuicio. Así mismo, puso de presente el artículo 114 de la ley 100 de 1993, el cual sostiene que cuando se genere un cambio de régimen, se debe hacer por escrito con la manifestación que se hace de manera libre y voluntaria, disposición que cumplió la AFP. Igualmente, arguye que no se puede aportar algún documento adicional al solicitado para el año 2000 que era el formulario de afiliación.

De otra parte, indicó que la promotora del proceso se encuentra inmersa en la prohibición que establece la ley 797 de 2003, y que conforme a la sentencia C 1024 de 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular, como protección del sistema general de pensiones y no descapitalización del RPMPD, por lo anterior afirmó que no es dable que la actora sostiene una supuesta falta de información simplemente porque su plan de pensión no cumplió sus aspiraciones.

Por último, señaló que en el RPMPD también se destina un porcentaje de cotización para financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobreviviente, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y son prescriptibles. Además, manifestó que, de acuerdo a los conceptos de la Superintendencia Financiera al decretarse nulidad o ineficacia no procede la devolución de dichos dineros y se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

6.2. AFP Protección S.A. Propone recurso de apelación parcial referente a la devolución de gastos de administración y la prima de los seguros. Dispuso que dichos conceptos corresponden a gastos necesarios que se causan por disposición legal, con dos destinaciones específicas; la primera es la remuneración a la administradora, con el fin de generar rendimientos y los gastos previsionales tienen como destinación pagar la prima de aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte. Así mismo, sostuvo que no se encontró probado en el proceso un perjuicio alguno a la actora, por el contrario, la misma se ha visto favorecida en los siguientes aspectos: conservación de sus aportes, generación de rendimientos y aseguramiento de riesgos de invalidez y de muerte a lo largo de su afiliación.

6.3. Colpensiones. Manifestó que la juez de primera instancia desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la carga de la prueba, en especial la T-422 de 2011. Resaltó que la actora al cumplir con la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, se vulneran los derechos de los afiliados al RPMPD que se encuentran cotizando para acceder a dicha prestación. Por otro lado, indicó que la demandante decidió de manera libre y voluntaria efectuar el traslado de régimen pensional y como consecuencia realizó traslados horizontales entre administrados del RAIS, ratificando su decisión. Finalmente, sostuvo que la sentencia proferida atenta con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, de conformidad con las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones indicó que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado 4 de agosto del año 2000 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y los

posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, solicito se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

7.2. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario demostrar que se le ocasionó algún daño o perjuicio a la accionante?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no

ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Adriana Pavía Torres cotizó al ISS entre el 03 de julio de 1978 al 31 de julio de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 21 y ss.); misma que el 04 de agosto del 2000 firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fol. 5 y 136); posteriormente, el 5 de octubre de 2001 se trasladó a la AFP Pensiones y Cesantías Santander. Finalmente retornó a la AFP Porvenir S.A. el 20 de marzo del 2003 (fol. 7 y 137), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, reiterado en sentencias SL 373-2021 y SL 2208-2021, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo

cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs Porvenir S.A. y la AFP Protección SA como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Adriana Pavía Torres** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente, es necesario indicar que la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Tampoco se exige que la afiliada demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, como equivocadamente lo entienden los apoderados de las AFP Porvenir y Protección, pues se reitera lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado

Finalmente, es necesario precisar a la AFP Porvenir que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si la demandante cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen".*

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada del traslado prístino como consecuencia de la falta en el deber de información en que incurrió DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el paso al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y compresible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS, debiendo en consecuencia, quedar sin efecto.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional". (…)*
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por los apoderados de las AFPs Porvenir SA y Protección SA pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de Protección S.A, y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones.

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además, se debe precisar que, efectivamente como lo afirman los apoderados de las AFPs en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto. Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN SA. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

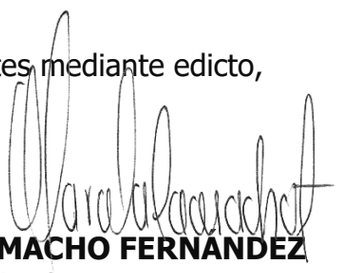
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de julio del 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN SA. Las de primera, se confirman.

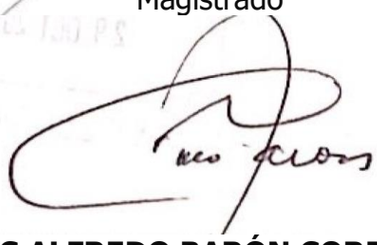
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

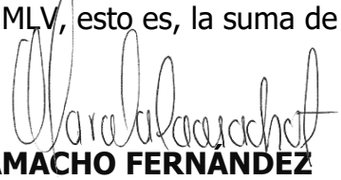


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN SA, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CELIA DIAZ RUIZ
Demandado:	COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
Radicación:	1100131050-34-2016-00519-02
Tema:	FUERO CIRCUNSTANCIAL-APELACIÓN–REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA TERESA GORDON ÁVILA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Celia Diaz Ruiz instauró demanda ordinaria contra Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías con el propósito de que se declare que su contrato de trabajo tiene origen desde septiembre de 1995 y que su terminación es nula y, carece de eficacia, dado que los argumentos con que fue motivado el despido fueron obtenidos de forma ilegal, violatorios de los derechos fundamentales al debido proceso y doble instancia, en tanto que nunca desempeñó cargos de representación, delegación, ni fue empleada de dirección, manejo y confianza. Como consecuencia de lo anterior, solicita se disponga a su favor el reintegro al puesto de trabajo que tenía al 29 de enero del 2016 o uno de mejor calidad que el desempeñado, así como el pago de salarios, prestaciones sociales, acreencias laborales y aportes al sistema de seguridad social causados desde la fecha en que fue despedida y hasta el día que sea ordenado el reintegro; indexación, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 29 de enero de 2016, data en la que fue despedida sin justa causa; que desempeñó el cargo de Directora Comercial de un grupo conformado por 16 asesores comerciales, cuya asignación salarial fija correspondió a la suma $7.289.000 y asignación variable de $3.242.348.

Indicó que se afilió al sindicato de trabajadores, legalmente constituido por medio de Acta de Constitución I-008 del 4 de febrero de 2013 del Ministerio de Trabajo desde el 17 de diciembre de 2015, adquiriendo así la calidad de aforada por fuero circunstancial. Sin embargo, a pesar de tal situación, su empleadora decidió terminar el contrato de trabajo con justa causa el 29 de enero de 2016, argumentando unos hechos relacionados con grabaciones que fueron presentadas por los señores Omar Sánchez Espitia y Arnulfo Barbosa, además, por una queja presentada bajo los mismos hechos; pruebas obtenidas de forma ilegal, que no son claras y tampoco determinan modo, tiempo y lugar, quebrantando el derecho fundamental de doble instancia, violando el procedimiento establecido en la sentencia C-593 del 2014.

Agregó que el presidente de Sintracolfondos el día 2 de marzo de 2016 interpuso acción de tutela con el fin de que fuese reintegrada, sin embargo, en ambas instancias fue negada. Así mismo, que mediante Resolución No. 000623 el Ministerio de Trabajo sancionó a la encartada por prácticas antisindicales y que desde la creación de la unión sindical de manera sistemática y repetida la demandada ha desconocido el ordenamiento jurídico y tratados internacionales. (Cuad, 1. fol. 70 a 83).

2. Contestación de Demanda. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero de ellos vigente entre el 1 de septiembre de 1995 hasta el 24 de febrero de 2003 finalizando por mutuo acuerdo entre las partes; y el segundo de ellos entre el 1 de agosto de 2006 al 26 de enero de 2016, fecha en la que finalizó con justa causa imputable a la parte actora.

Adujo que, pese a que la normatividad no exige un procedimiento determinado para dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, si se le escuchó en diligencia de descargos, por lo que la terminación tiene plena validez y eficacia. Insistió en que resulta improcedente el reintegro, debido a que esta petición no tiene fuente legal, extralegal ni contractual, dado que "*la estabilidad laboral reforzada por razones de violación al debido proceso y doble instancia*" no opera en ningún caso de terminación del contrato de trabajo, debido a que finalización del vínculo fue porque la demandante incurrió en una falta calificada como grave y por otro lado el debido proceso y la doble instancia guarda relación con el procedimiento disciplinario para imposición de sanciones.

Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, prescripción, pago y compensación, buena fe, mala fe de la demandante, inexistencia de fuente legal, extralegal ni contractual del reintegro y abuso del derecho y genérica. (Cuad. 1, fol. 150 a 184 y Cuad. 2, fol. 616 y 617).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio de 2019, mediante la cual la juzgadora declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero del 1 de septiembre de 1995 al 24 de febrero del 2003 y el segundo del 1 de agosto del 2006 al 29 de enero del 2016, este último finalizado sin justa causa comprobada por parte del empleador, condenando a la demandada a reconocer y pagar la suma de $35.817.174 debidamente indexada, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, así como las costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva adujo que no había sido demostrado en juicio que la demandante al momento de su despido se encontraba cobijada por la garantía foral circunstancial, en tanto que no se había allegado el pliego de peticiones, ni el trámite de este. En ese sentido, arguyó que, si bien está acreditado que la actora había sido nombrada miembro del comité de reclamos dentro de la organización sindical

Sintracolfondos, estimó que su afiliación y nombramiento se encontraba en contravención de la ley y los estatutos, tornándose invalida en la medida que se encontraba inhabilitada para fungir como miembro de comisión por ser una representante el empleador, dado al carácter del cargo desempeñado. Concluyendo que, si pretende ser cobijada bajo la figura del fuero sindical, no era el trámite adecuado para ventilar esa controversia por tratarse del presente asunto de una acción ordinaria.

En lo atinente a la terminación del contrato de trabajo aludió a que el fenecimiento de la relación laboral se da con ocasión a los tratos supuestamente groseros impartidos por la demandante hacia su grupo de trabajo, sin embargo, sobre las grabaciones que dieron lugar al finiquito no dan certeza del día, hora y lugar en que acontecieron los supuestos hechos de maltrato verbal, y si bien de los mismos reposa una transcripción literal de la misma, lo cierto es que dicha prueba no fue legalmente obtenida, en tanto que no hay prueba que ratifique lo allí ocurrido, atentando de esta forma el derecho a la intimidad.

Adicionalmente, señaló que la misma persona que había aportado la grabación fue quien interpuso la denuncia de acoso laboral contra la actora, proceso que fue terminado por el comité de convivencia por falta de fundamentos, por manera que catalogó como injusto el despido y fulminó condena teniendo como salario la suma de $7.289.000. Finalmente, sostuvo que no se encontraba probada la excepción de prescripción. (Cuad. 2. Cd. fol. 922).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte Demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que la parte demandante hacía parte de la organización sindical y que su designación en el comité fue notificado al empleador, por lo que, a pesar de ello, de manera arbitraria y abusando de su posición dominante decidió despedirla, sin que acudiera a otras instancias para ello. Además, señaló que nunca se le brindaron las garantías mínimas para acreditar el despido y que son conductas repetitivas del empleador, entre otras, tomar represalias contra las personas que deciden vincularse al sindicato y así debilitarlo, por lo tanto, solicitó "*considere la decisión de no considerar a mi representada con un fuero circunstancial o con el fuero sindical*". Por último, refirió que su salario correspondía a la suma de $10.531.548, dado que el promedio de las comisiones hace parte de las prestaciones laborales.

4.2. Parte Demandada. En su alzada indicó que la decisión adoptada por la Juez de instancia desbordó el ámbito de competencia que se le había dado al juzgado con la demanda promovida por la parte demandante, en consideración a que la demanda promovida por la señora Celia Díaz Ruiz, es clara en señalar que la misma se encuentra dirigida a que se declare la nulidad y eficacia de la terminación de su contrato de trabajo y que se disponga el reintegro a su puesto de trabajo, sin que se sometiera a su consideración la validación de una justa causa a efectos de reconocer la indemnización por despido que nunca fue solicitada.

Adujo que, pese a lo anterior la justa causa se encuentra debidamente acreditada tal y como se indicó en la comunicación de fecha de 29 de enero de 2016, que contrario a lo dicho por la juez, las grabaciones no fueron obtenidas por Colfondos S.A., tampoco aducidas en contra de la demandante, por tal razón no podía discutirse o analizarse la nulidad de esta prueba teniendo como base la afectación del derecho a la intimidad. Recordó que las grabaciones fueron allegadas el día 9 de junio del 2015 por los representantes de la Junta Directiva de SintraColfondos, quienes solicitaron la investigación a la actora por su comportamiento irregular y grosero frente a sus subalternos. Aunado a que la A quo confunde la queja de acoso laboral presentada por una de las trabajadoras y la queja de la organización sindical.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En sus alegaciones indicó que fue nombrada por la comisión estatutaria de reclamos de Sintracolfondos el día 22 de enero del 2016, nombramiento que fue radicado ante la accionada en debida forma el 25 de enero del 2016, sin embargo, al día siguiente fue despedida ilegalmente, estando amparada por el Fuero Sindical y Circunstancial, por lo tanto, goza de estabilidad laboral reforzada, en tanto que no podía ser despedida sin autorización previa de un juez laboral, según lo indica el artículo 405 del CST. Agregó que fue declarado el despido sin justa causa a su favor, además, que allegó como prueba sobreviniente el día 2 de marzo del 2020, el acta de inicio de etapa de arreglo directo, pliego de peticiones y convención colectiva de trabajo, con el fin de probar que el momento del despido estaba por el fuero circunstancial concomitantemente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿La señora Celia Díaz Cruz se encuentra cobijada por la garantía foral de fuero circunstancial, dado que entre la llamada a juicio y la organización sindical SINTRACOLFONDOS existía un conflicto colectivo de trabajo para el momento del despido?

ii) ¿La a quo quebrantó el principio de congruencia al condenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, sin que aquella pretensión hubiera sido solicitada por la actora en el proceso?

iii) De no ser así ¿La juez de primer grado erró al liquidar la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que no tuvo en cuenta el salario real que devengaba en vigencia de la relación laboral que la ató con la demandada?

Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco la labor de directora comercial que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y, además, se logran corroborar con el contrato de trabajo, Otros Si y anexos (Cuad. 1, fol. 185 a 252), comunicación de terminación del contrato de trabajo, (Cuad. 1, fol. 332 a 334), liquidación final de prestaciones sociales (Cuad. 1, fol. 351 a 358) y certificación laboral (Cuad. 1, fol. 359).

Fuero circunstancial

Hecha tal precisión, con el firme propósito de definir los puntos objeto del litigio, se comenzará por el correspondiente a establecer si la actora al momento del despido se encontraba cobijada por el fuero circunstancial que alega en su demanda, amparo que encuentra fundamento normativo en el artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965, que establece una garantía especial generada por la coyuntura de la negociación colectiva, que comporta la prohibición al empleador de despedir sin justa causa comprobada a los

trabajadores involucrados en la negociación colectiva, desde la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

De tal forma, se asegura la estabilidad de todos aquellos que participan en el conflicto mediante la prohibición de despido sin justa causa comprobada, con la finalidad de proteger el derecho de negociación colectiva y disuadir al empresario de adoptar medidas orientadas a debilitar el movimiento sindical. Su desconocimiento, entonces, conlleva la ineficacia de la terminación del vínculo laboral, lo que supone la continuidad del vínculo contractual con todas sus consecuencias económicas.

Se precisa que tal beneficio no opera para aquellos cuyo despido se fundamente en alguna de las causales contenidas en la ley como justas para dar por terminado su contrato de trabajo. Además, el artículo 10° del Decreto 1373 de 1966, reglamentario de la anterior norma sustancial, garantiza que la estabilidad en el empleo se dé cuando se presentan conflictos colectivos entre empleador y aquellos trabajadores que se encuentran representados legalmente por una organización sindical, o en su defecto, cuando los trabajadores no sindicalizados presentan un pliego de peticiones tendientes a la firma de un pacto colectivo. Protección que subsiste hasta que el diferendo se solucione, mediante la firma de convención o pacto, o la ejecutoria de laudo arbitral, conforme al artículo 36 del Decreto 1469 de 1978.

En este orden corresponde a esta Sala verificar si la señora Celia Díaz se encuentra amparada por la garantía del fuero circunstancial, debiendo precisarse que como lo refieren las disposiciones atrás citadas, deben concurrir tres situaciones fácticas a saber, esto es, (i) que la empresa se encuentre en un conflicto colectivo en razón a la presentación de un pliego de peticiones, (ii) que la trabajadora haya sido despedida sin justa causa y (ii) que aquella pertenezca al sindicato que lo presentó o en su defecto que se haya adherido o suscrito uno que hubiere sido presentado por trabajadores no sindicalizados, pues como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, la protección a través del fuero circunstancial comprende primeramente a los trabajadores que presentan un pliego de peticiones, y la misma se extiende a aquellos que en el curso de un conflicto colectivo resuelvan por un lado, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto o por otro, a aquellos no sindicalizados que suscriban el pliego presentado directamente por trabajadores que al igual que estos, no hagan parte de ninguna organización sindical (SL2834-2021 y SL2020-2021).

Así las cosas, la Sala ha de remitirse a los medios de prueba documentales obrantes en el plenario encontrando que el 16 de diciembre del 2015 solicitó la actora la afiliación a SintraColfondos, razón por la que la agremiación sindical en comunicación adiada 17 de diciembre del 2015, le indicó a su empleador la vinculación y autorización de descontar el valor de la cuota sindical (Cuad. 1, fol. 3 y 4). En igual sentido, obra comunicación del sindicato al empleador la designación de miembro de comité de reclamos de la actora del 29 de enero de 2016, frente a lo cual, en misiva calendada del "*1 de febrero de 2015"*, el mismo sindicato solicitó el reintegro inmediato de la trabajadora a su lugar de trabajo, pues consideró la presencia de un fuero sindical (Cuad. 1, fol. 340 a 346).

En ese sentido, se puede colegir que, contrario a lo señalado por la trabajadora apelante, al momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 29 de enero de 2015, la empresa no se encontraba en un conflicto colectivo con el sindicato SintraColfondos o por lo menos no se demostró tal aspecto, en tanto que no se adosó ningún medio de prueba tendiente a demostrar que el sindicato al que se encuentra afiliada hizo la presentación del pliego de peticiones al empleador, para que así hubiere nacido la garantía que reclama.

En este punto, vale precisar que, las documentales allegadas por las partes sólo reflejan la discusión en torno a si la actora estaba cobijada bajo un fuero sindical distinto al que se reclama en esta demandada, razón por demás que tampoco se podía tener en cuenta, no solo porque sobre aquél el ordenamiento jurídico laboral consagra un procedimiento especial para controvertir la ilegalidad del despido por desconocimiento por parte del empleador de dicha figura de protección laboral, sino, además, porque de asumir su estudio implicaría la vulneración de prerrogativas constitucionales de la demandada, entre otras, del debido proceso y derecho de defensa, lo cual no se puede permitir esta Sala; de ahí que no sean acogidos los argumentos de la activa que pretenden que este Colegiado emprenda su análisis.

Ahora, la censura se duele en las alegaciones de que no pudo allegar el medio probatorio que ahora se echa de menos por la Sala en la etapa procesal correspondiente, para la cual solicita se decrete como prueba sobreviniente. Sobre tal aspecto, tal como se refirió en auto de fecha 24 de agosto de 2021, para que pueda salir avante la solicitud elevada en términos del artículo 83 del CPT y de la SS, debe aparecer demostrado por lo menos la petición de la prueba en el libelo primigenio y que, a pesar de haberse decretado en la etapa procesal correspondiente, se hubiere dejado de practicar por el a quo sin justificación y culpa atribuible a la parte que la solicitó, situación que en el presente asunto no ocurrió.

Lo anterior, en tanto que al revisar el escrito genitor se evidencia que se solicitó únicamente copia simple de la liquidación, carta de afiliación a Sintracolfondos, solicitud de afiliación, copia simple de notificación de designación miembro de comité de reclamos y las relacionadas con la terminación del vínculo laboral, como acta de descargos y finalización del laborío; mismas que fueron decretadas por la Juez primigenia y, que se mantuvo incólume.

Por la misma razón, tampoco se consideró dable acceder al decreto y práctica de los demás medios probatorios solicitados en la apelación, ya que ciertamente si bien "*el juez laboral debe ser garante de los derechos fundamentales, adoptando para ello las medidas que considere pertinentes (art. 48 CPTSS), en procura de la prevalencia del derecho sustancial*"[1], ello no implica a la Sala la facultad para suplir la carga probatoria que competía a la parte actora y que por negligencia o impericia dejó de utilizar en momento oportuno, además que de aceptarse la petición implicaría asumir el rol de la demandante, lo cual quebranta los principios constitucionales y legales que rigen la administración de justicia.

A lo anterior se suma, que dadas las razones en las cuales basa la petición la actora, no se infiere un surgimiento de hechos nuevos o sobrevinientes posteriores a las etapas probatorias del proceso, toda vez que resulta evidente que el pliego de peticiones ya estaba en conocimiento de la actora, incluso desde antes de la finalización de la relación laboral y posterior presentación de la demanda, pues así lo indicó la misma demandante en su interrogatorio de parte. Entonces, no se trataba de elementos de convicción que hayan estado ocultos a su conocimiento o lo que los haya venido a saber después del fallo de primera instancia, como lo pretende hacer ver la apelante con insistencia, por lo que era preciso que desde la demanda lo manifestara, para que pudiesen ser decretados y practicados en la etapa procesal oportuna.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretende la demandante es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del

[1] CSJ SL SL392-2019

artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión, sin que para ello sea apto el propio dicho de la parte demandante, pues lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, no es dable acceder al fuero circunstancial que pregona, como bien lo señaló la A quo, pues lo determinante era haber demostrado por aquella los presupuestos para ser beneficiaria del amparo previsto en el artículo 25 del Decreto 2351/65, esto es que el empleador y la agremiación sindical hayan iniciado la negociación colectiva a través de la presentación del pliego de peticiones, situación que no aconteció.

Ahora, las anteriores conclusiones conllevarían además a la absolución de la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, porque de cara al escrito incoatorio, lo que se pretende únicamente es el reintegro, previa declaración de ineficacia del despido como consecuencia del fuero circunstancial, de allí que se constate un dislate en la decisión del juez primigenio que será corregido por la Sala, como pasa a explicarse:

Principio de congruencia

Es del caso recordar, que conforme se desprende de lo planteado por la censura, la sociedad recurrente considera que la A quo infringió el principio de congruencia, al ocuparse de definir un asunto no sometido a su escrutinio, como quiera que no se encuentra comprendido en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fue discutido en las etapas procesales, por lo que tampoco tuvo la oportunidad de pronunciarse y oponerse al respecto. De ahí que solicite se revoque el pago de la indemnización por despido sin justa causa condenada, en virtud de su derecho fundamental al debido proceso.

Para efectos de resolver la apelación, la Sala debe precisar que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021)

Así, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"*, mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018).

Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las*

partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"

Ahora, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en demostrar que la sentencia de primer grado se ocupó de verificar si había lugar a la indemnización por despido sin justa causa, aspecto no incluido en las pretensiones del libelo introductor. Al respecto, la Sala al revisar detenidamente el citado escrito, observa que lo pretendido por la actora, básicamente fue el reintegro a su lugar de trabajo, súplica que tenía como fuente originaria la figura jurídica del fuero circunstancial del cual adujo fue beneficiaria. Situaciones estas que quedaron plenamente consolidadas, no solo en la etapa de fijación del litigio, sino, en la medida que se resolvió la nulidad planteada por la pasiva, precisamente cuando se concluyó por esta misma Sala que la discusión y planteamiento jurídico se centraría únicamente a determinar la procedencia del citado fuero circunstancial.

Nótese entonces que la discusión que surgió al interior del proceso se centraba de manera exclusiva, en si debía reintegrarse la actora a su lugar de trabajo como consecuencia de la estabilidad laboral reforzada surgida del fuero circunstancial, luego ante tales aspectos, los requisitos para el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa nunca fueron debatidos por las partes. Además, debe advertirse que las pretensiones de condena no involucran ningún reclamo sobre tal emolumento, aparte de que se ordene su reintegro, tanto así que en ninguno de los hechos de la demanda se señala que la demandada deba ser objeto de dicha condena, todo lo cual impedía a la sentenciadora de primer grado hacer un pronunciamiento sobre una pretensión que no se incoó, por manera que al hacerlo quebrantó el principio de congruencia que debe observarse en las sentencias y el derecho a la defensa de la contraparte.

Por otra parte, si bien esta Corporación no desconoce que en temas relativos a la procedencia del citado fuero circunstancial habrá de estudiarse la legalidad o no del despido, ello no tiene la virtud para alterar las pretensiones de la demanda o desviarse del problema jurídico que debía resolverse, que se itera es el reintegro por fuero circunstancial, a lo que suma que esa pretensión expuesta en el libelo demandatorio de cara a la indemnización por despido sin justa causa son figuras excluyentes y, por tanto, según los términos del artículo 25ª del estatuto procesal laboral, debían haberse propuesto como de manera principal y subsidiaria, lo que implicaba para la *a quo* abstenerse de pronunciarse sobre derechos no peticionados, en la medida que nunca fueron propuestos en la forma que exige la norma.

Corolario de lo expuesto, se revocará la sentencia confutada, para en su lugar, declarar probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandas y cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolver a COLFONDOS SA, PENSIONES Y CESANTÍAS de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

Costas. En ambas instancias a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

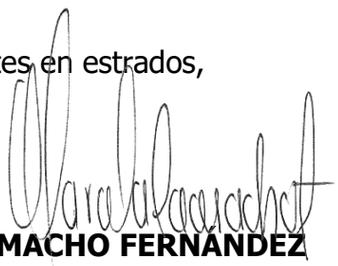
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión impugnada, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandas y cobro de lo no debido y, en

consecuencia, absolver a la convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de la señora Cecilia Díaz Ruiz.

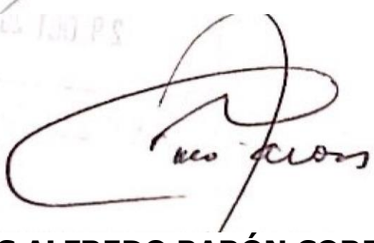
La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

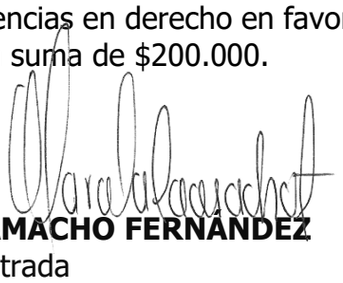


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada y a cargo de la señora Cecilia Díaz Ruiz en la suma de $200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	MARITZA HERRERA MELO
Demandado:	PEOPLE SOUND LTDA
Radicación:	27-2017-00324-01
Tema:	APELACIÓN - FUERO DE MATERNIDAD – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Maritza Herrera Melo instauró demanda ordinaria contra People Sound Ltda, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, mismo que finalizó sin justa causa y estando en estado de embarazo. En consecuencia, solicitó a su favor la ineficacia del despido ocurrido el 24 de octubre del 2014 y, por ende, el pago de salarios dejados de percibir, prima de servicios, auxilio de cesantía, aportes al sistema integral de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización equivalente a 60 días de salario, sanción moratoria contemplada en el parágrafo 1° del artículo 65 del CST, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato a término indefinido con la demandada, cuya vigencia tuvo lugar a partir del 15 de septiembre al 24 de octubre de 2014, fecha en la que el empleador terminó la relación laboral de manera unilateral, alegando justa causa, sin estar debidamente sustentada. Explicó que los días 21 y 22 de octubre faltó a su trabajo, por encontrarse enferma, oportunidad en la que asistió al centro de urgencias del Hospital Departamental Nuestra Señora de las Mercedes del municipio de Funza, quienes le señalaron de su estado de embarazo, dada las pruebas médicas que le realizaron. Sin embargo, pese a tal condición su empleador decide dar por terminado su vínculo laboral, aduciendo que se encontraba en período de prueba, que no cumplió con las expectativas de la empresa y por haber faltado dos días a laborar. (fol. 2 a 9).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, a excepción de la pretensión relativa a la existencia de la relación laboral. Como argumentó central indicó que el contrato de trabajo existente entre las partes tuvo su inició el 1 de octubre del 2014, cuya finalización se dio el 24 de octubre del mismo año, estando dentro del periodo de prueba; que para ese momento la actora

no comunicó sobre un posible estado de embarazo, además, nunca allegó ninguna comunicación en tal sentido.

Agregó que durante todo el término de la vinculación de la actora canceló todos los salarios a que tenía derecho, así como la liquidación de prestaciones sociales que se hizo mediante depósito judicial, además, le allegó el certificado expedido por la EPS Famisanar que daba cuenta de su estado de afiliación al sistema de seguridad social. Finalmente, propuso como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica. (fol. 47 a 53 y 67 y 68).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de agosto del 2019, reconstruida en diligencia del 10 de febrero del 2021, en la que la falladora negó las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó en costas a la demandante.

Para los fines que interesan al recurso, descartó de entrada que entre las partes haya existido un contrato de trabajo desde el 15 de septiembre de 2014, no solo porque la actora no probó que prestó sus servicios desde aquella data, sino, dado a que el contrato de trabajo y la carta de terminación que se arrimó daban cuenta que entre las partes existió un vínculo laboral entre el 1 al 24 de octubre del 2014. Conforme a ello, indicó que debía verificar si para la fecha en que finalizó el laborío la actora estaba amparada bajo la estabilidad laboral reforzada y, por ende, su contrato sólo podía terminarse con justa causa y autorización del Ministerio del Trabajo.

Conforme a ello, sostuvo que para el 24 de octubre del 2014 la empleadora no se encontraba enterada del estado de embarazo de la promotora del proceso, puesto que tampoco allegó medio probatorio que diera cuenta de la comunicación sobre su estado de gravidez, además que, si bien indicó en el interrogatorio de parte que tal situación la informó en forma verbal a la señora Claudia Fuentes Moreno, dicha circunstancia fue rebatida por la misma testigo.

Refirió que la trabajadora se encontraba en periodo de prueba debidamente pactado por las partes, toda vez que constaba por escrito y la actora conocía de tal condición. Además, que tampoco enteró a la empresa que tenía quebrantos de salud y que por esa razón había acudido a una consulta médica, por lo que la causa de terminación del contrato fue la que se expresó en la carta de finalización. Coligiendo de lo anterior que su contrato de trabajo finalizó por no haber superado su periodo de prueba, como se lo comunicó la empresa el 24 de octubre del 2014, por lo que debía absolver a la encartada de todas las pretensiones de la demanda. (CD fol. 182)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandante. En su alzada aludió a que en el interrogatorio de parte la actora acreditó que había comunicado a la señora Claudia Puentes de su inasistencia los días 21 y 22 de octubre del 2014, informando que no se encontraba afiliada a su EPS y, por tal razón la entidad no la estaba brindando los servicios de salud. Indicó que, si bien no allegó a la empresa certificación respecto de su estado de gravidez, si le comunicó del mismo estado en que se encontraba a la terminación del contrato de trabajo a la empleadora, por lo tanto, el empleador si necesitaba autorización del Ministerio de Trabajo, para el despido. (CD fol. 123)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro del término otorgado en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la actora se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:**

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su estado de gravidez y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

- ✓ De hallarse positiva la respuesta surge para la Sala estudiar ¿La promotora tiene derecho al pago de salarios dejados de percibir y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, salario, tampoco la labor de técnica de sonido que ejerció; hechos que se aceptaron en la contestación de la demanda y cuya declaración no fue recurrida por las partes.

Fuero de maternidad

Sentado lo anterior, es menester señalar en primer lugar que los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, desarrollan el fuero de maternidad así: i) el numeral 1° del **artículo 239** del CST impone una prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con "***la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa***"; ii) el **artículo 240** del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo "o los tres meses posteriores al parto", el empleador necesitará de la autorización del inspector del trabajo. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST; iii) mientras que el **artículo 241** del CST señala que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados o licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto y, por tanto, no producirá efecto alguno el despido que aquel comunique a la trabajadora en tales períodos.

La prohibición expresa que contiene las normas citadas de despedir a la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, tiene evidentemente un sustrato constitucional que ha sido objeto de un vasto desarrollo jurisprudencial, al considerar a la mujer que se encuentre en aquellas condiciones, como sujeto que debe gozar de especial protección constitucional, en razón a que históricamente ha sido objeto de discriminación y marginación laboral por esa condición física, por ello ha consagrado

que existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, pues su derecho al trabajo merece especial protección.

Lo anterior, porque el artículo 43 de la Constitución, señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, lo cual implica que existan *"dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes*[1] *".*

De modo que apareja ese fuero de maternidad o estabilidad laboral reforzada la presunción de que todo despido de mujer embarazada o en periodo de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez, lo que significa que para que se configure deben concurrir los siguientes requisitos: i) que el empleador haya despedido a la trabajadora, ii) que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y iii) que el empleador no haya obtenido para proceder de ésta manera la debida autorización del inspector de trabajo, lo que impone al empleador contra quien opera la referida presunción, la carga probatoria de demostrar que esos hechos no tuvieron ocurrencia, ya porque no despidió a la trabajadora, o porque al momento de producirse el finiquito laboral no se hallaba la trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia o finalmente porque obtuvo de la autoridad del trabajo autorización para desvincularla por razones laborales.

Se desprende de lo anterior que el fuero de maternidad si bien funda la protección especial que la constitución y la ley laboral ofrece a la mujer trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, no constituye una camisa de fuerza para conservar el empleo de la madre gestante, en la medida en que, cuando exista una justa causa de terminación del contrato, la trabajadora puede ser desvinculada siempre y cuando medie la autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal. Es por lo que no es una prohibición absoluta de terminación del contrato, sino que, debido a la condición de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.

Adicional a lo anterior, sobre el alcance de esa protección, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-075 de 2018, misma en la que se precisó que para que se active este fuero, es requisito indispensable que el empleador conozca del estado de embarazo de la trabajadora, dado que si se logra acreditar que el empleador no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo, con independencia de que se haya aducido, o no, justa causa, la trabajadora no tendrá derecho a ninguna de las medidas de protección que se deriva de esta figura.

Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional consideró que resulta excesivo exigir a los empleadores que reintegren al empleo, paguen la licencia de maternidad o asuman las cotizaciones a la seguridad social de trabajadoras que fueron despedidas sin que se supiera acerca de su embarazo, toda vez que, si se imponen estas medidas, cuando no existe discriminación contra la trabajadora debido a su embarazo, se desincentiva la contratación de mujeres y se limita su acceso al mercado laboral.

No obstante, respecto a la forma de conocimiento del estado de embarazo, la Corte Constitucional en esta misma providencia precisó que:

[1] Sentencia SU 075 de 2018

> "*(…) la Sala Plena enfatiza en que existe* ***libertad probatoria*** *para demostrar que el empleador tenía conocimiento acerca del estado de embarazo de la trabajadora. De este modo, es indispensable destacar que* ***no existe una tarifa legal*** *para demostrar que el empleador tenía noticia de la condición de gestante de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros. Por tanto,* ***en ningún caso debe exigirse que la trabajadora embarazada haya dado aviso expreso o escrito al empleador para que se acredite su conocimiento sobre la condición de gestante****."* (negrita propia del texto).

De esta forma, resulta imperioso verificar la ocurrencia de tal circunstancia al interior del presente proceso, entre otras cosas, porque el descontento de la recurrente con la sentencia de primer grado consiste fundamentalmente en que la A quo no tuvo en cuenta el conocimiento del empleador sobre su estado de gestación al momento en que la encartada dio por finalizado el vínculo laboral, pese haber sido acreditado en el plenario con su propio dicho en el interrogatorio de parte que rindió.

En ese horizonte, fácil es concluir que el Juzgador no incurrió en los errores que se le enrostra, ante la estimación de no dar valor al propio dicho de la demandante, certificación expedida por Famisanar EPS e historia clínica emitida por el ESE Hospital Departamental Nuestra Señora de las Mercedes del Municipio de Funza; puesto que de ellos solo se deriva el estado de la afiliación a la EPS y la atención en salud que recibió, de manera que la citadas documentales no apuntan a que el empleador tenía noticia de la condición de gestante al finiquito de la relación, no siendo dable considerarlo, como se pretende, de su propia afirmación.

Lo anterior, además, porque si bien aduce que el empleador tenía conocimiento de ese hecho en tanto que se lo comunicó a la señora Claudia Puentes, Gerente Administrativa de la empresa, no obstante, la citada persona de forma contundente la negó en su declaración, quedando de esta manera sin ningún soporte la aseveración que hizo. En esa medida, aunque la señora Maritza Herrera Melo, insiste al sostener el conocimiento del empleador sobre su estado de gravidez, conviene no olvidar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, por manera que mal podría afirmarse que lo dicho por esta declarante sea suficiente para acceder a sus súplicas.

En ese sentido, teniendo en cuenta que tal y como lo esbozó el A quo en su decisión, al no tener conocimiento el empleador sobre el embarazo al momento de finalizar el vínculo contractual, no se puede alegar que medió en su decisión discriminación alguna y, por ende, no resulta aplicable el fuero de maternidad. A propósito, sobre la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección legal, la Sala de Casación de Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 7270-2015, precisó que tal condición se hace necesaria, pues sin ella, no es dable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al embarazo de la accionante y, por ende, en una discriminación.

Bajo lo dicho, fuerza concluir entonces, que contrario a lo señalado por la apelante, no erró la Juez de primera instancia en su decisión al no otorgar la protección peticionada, por cuanto ello encontró fundamento en los parámetros que la Corte Constitucional trazó en sentencia SU 075 de 2018 cuando se evaluó el fuero de estabilidad laboral reforzada solicitado por 3 mujeres embarazadas, y que se mantienen en forma semejante con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que como allí se refirió, cuando se demuestra en el proceso que

el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora en el momento del despido, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Dadas las anteriores razones, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar en su integridad la sentencia de primer grado, al tiempo que se condenará en costas a la parte actora ante la no prosperidad del recurso de apelación propuesto. De las de primera instancia se confirman.

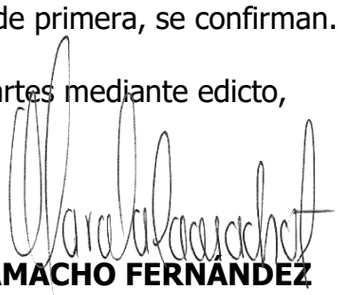
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo de Maritza Herrera Melo. De las de primera, se confirman.

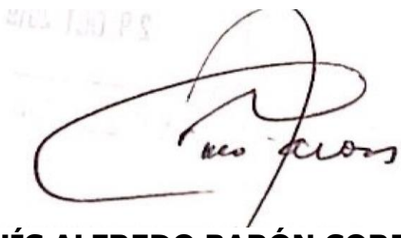
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

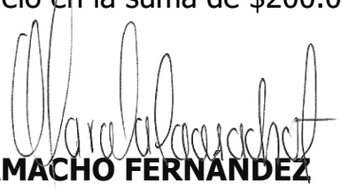


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandada y a cargo de Maritza Herrera Melo en la suma de $200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDITH MENDOZA ROJAS
Demandada: RADIOLOGÍA DIGITAL MAXILOFACIAL SAS
Radicado No.: 20-2018-00703-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN – REVOCA PARCIAL.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Edith Mendoza Rojas, instauró demanda ordinaria contra Radiología Digital Maxilofacial SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio del 2008 al 30 de noviembre del 2015. En consecuencia, se disponga a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, salarios insolutos, diferencia salarial con respecto al salario mínimo legal vigente de los años 2012 a 2015, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones teniendo como base el salario reliquidado, sanción por no pago oportuno de cesantías e intereses, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa e indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a un año, para desempeñar el cargo de auxiliar de consultorio, administrativo y radiología; posteriormente el 1 de junio de 2009 y el día 7 de enero del 2014 se suscribieron dos contratos a término indefinido, para desempeñar en este último el cargo de recepcionista y auxiliar dental. Sin embargo, adujo que inició las labores a favor de la demandada desde el 1 de junio del 2008.

Refirió que durante su relación laboral nunca se le reconocieron horas extras, además, que el salario que se le canceló estuvo por debajo del salario mínimo legal vigente por el gobierno nacional y se omitió el pago de prestaciones sociales, vacaciones, así como los salarios de la última quincena, lo que sirvió para que presentara renuncia el día 30 de noviembre del 2015. (Expediente digital, PDF 2018-703 FL504, pág. 3 a 13).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que no ha existido un único contrato de trabajo, sino que existieron varias relaciones laborales así:

- Contrato de dirección, confianza y manejó a término indefinido como auxiliar administrativa del 1 de marzo de 2009 al 14 de mayo de 2011, mismo que terminó por renuncia voluntaria de la trabajadora.
- Contrato de dirección, confianza y manejó a término indefinido como auxiliar administrativa del 3 de agosto de 2011 al 28 de diciembre de 2013, mismo que terminó por renuncia voluntaria de la trabajadora.
- Contrato de dirección, confianza y manejó a término indefinido como auxiliar administrativa del 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015, mismo que terminó por renuncia voluntaria de la trabajadora.

Agregó que pagó en su totalidad las acreencias reclamadas, entre esas, sus salarios en la cuantía pactada, con apegó a la normatividad vigente. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de una relación laboral a término indefinido, ausencia de continuidad entre las distintas relaciones laborales con distintos empleadores, ineptitud intrínseca de la demanda por alegación de un contrato que jamás existió y por ausencia de continuidad de los mismos, ausencia de legitimación en la causa por pasiva, terminación definitiva de todas las relaciones contractuales por renuncia voluntaria de la demandante, confusión entre los horarios de funcionamiento del establecimiento de comercio y los horarios de trabajo, ausencia de causación del derecho a las horas extras por naturaleza del contrato, ausencia de solicitud y de autorización para su ejecución, pago total, terminación de cada relación contractual por renuncia voluntaria de la demandante, hecho superado, suscripción y ejecución de buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 2018-703 FL504, pág. 62 a 119).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de septiembre del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existieron varios contratos de trabajo, los cuales estuvieron vigentes en los siguientes periodos: del 1 de junio de 2008 al 29 de enero de 2009, del 1 de marzo de 2009 al 31 de mayo de 2011, del 3 de agosto de 2011 al 28 de diciembre de 2013 y del 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015. Declaró probada la excepción de prescripción propuesta y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar los extremos temporales de la relación que pregonan las partes y si tiene derecho al pago de las acreencias laborales deprecadas en la demanda. Del análisis de las pruebas y conforme al marco normativo que utilizó dedujo que, si bien las partes no desconocen la existencia de la relación laboral, no se hallaban demostrados sus extremos temporales en la forma que indicó la actora y, por el contrario, colegía de los contratos de trabajo allegados, así como la liquidación de prestaciones sociales y planillas de pago aportes al sistema de seguridad que la demandante suscribió varios nexos contractuales con la empresa demandada.

En ese contexto, también indicó que se encontraba demostrado la existencia del contrato de trabajo entre el 1 de junio de 2008 al 29 de enero de 2009, pues, aunque la empresa adujo que no se podía predicar su existencia, por cuanto la misma se dio con la Empresa Unipersonal Radiología Digital Maxilofacial, si se estaba ante una misma empresa, según se colige del certificado de existencia y representación legal, pues allí se expresa que hubo un cambio de tipo social.

Ahora, respecto del pago de salarios y prestaciones sociales refirió que, si bien la demandada allegó una relación de pagos, empero allí no podría establecerse la totalidad de pagos que reclama la demandante. Sin embargo, como quiera que la demandada interpuso la excepción de prescripción debía ocuparse de estudiar el medio exceptivo, previo a determinar que conceptos había lugar a su pago.

Así, luego de referirse a los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPT y SS, concluyó que las obligaciones deprecadas por la demandante se hicieron exigibles en el momento en que se causaron, por lo que de cara con la fecha final de los múltiples contratos de trabajo existentes a la data de radicación de la demandada, se encontraba prescritas todas y cada una de las obligaciones, a excepción del auxilio de cesantías del contrato de trabajo cuyos extremos temporales se prolongaron entre el 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015.

Conforme a ello, expuso que la demandada allegó la liquidación de prestaciones sociales, documento que se encuentra firmado por la demandante, por lo que debía colegirse su pago y en esa medida, abstenerse de condenar no solo por este concepto, sino, además de la indemnización solicitada como consecuencia de la pretensión. Finalmente, expuso que como quiera que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que renunció el 17 de noviembre del 2015, no había lugar al pago de salarios insolutos, además, porque del comprobante de nómina evidencia que se le canceló este concepto. (Expediente digital, audio Audiencia Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00025 00 (2))

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación arguyendo que no existieron múltiples relaciones laborales como lo determinó el A quo, toda vez que, conforme a los certificados de cámara y comercio, las sociedades se transformaron siendo la sociedad que mantuvo la relación laboral con la actora. De otra parte, respecto de las acreencias laborales sostuvo que no obra constancia de que el auxilio de cesantía haya sido consignado en su momento, por lo que debía condenarse como tal este valor, así como su sanción. Indicó que la relación laboral se mantuvo hasta el 30 de noviembre del 2015, de acuerdo como lo indican las pruebas aportadas por la misma parte demandada, en especial la nómina del último periodo de noviembre. Además, que debía pagarse los valores por concepto de salario que no se acreditaron en la liquidación. (audio 11001310502020180070300 AUDIENCIA ART. 77 Y DE SER POSIBLE LA DEL ART. 80 CPTSS PARTE 2)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones indicó que el A quo incurrió en una vía de hecho al negar la práctica de la prueba aportada cuando la apoderada descorre el traslado de la contestación de la demanda, al negar que en latería laborar, no hay que descorrer traslado de las excepciones y del aporte de prueba no era viable por cuanto la prueba debía haberse aportado solo con la demanda y contestación de la demanda desestimando las pruebas que se aportan como es el correo, con lo cual violación al debido proceso. Agregó que no aplica el principio para conocer la verdad que prima en derecho laborar, como principio de la primacía de la realidad, que conlleva a establecer la verdad verdadera.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que las partes suscribieron un contrato el 1 de marzo de 2009; otro contrato diferente e independiente el 3 de agosto de 2011; y otro contrato diferente e independiente el 7 de enero de 2014, los cuales terminaron por retiro voluntario. Por lo cual la conclusión del Juzgador de primera instancia se encuentra acorde a los hechos y al derecho al haber declarado que existieron varios contratos, vigentes, ejecutados independientemente y diferentes entre sí.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al declarar que entre la demandante y Edith Mendoza Rojas existieron tres contratos de trabajo y no colegir que dicha vinculación fue única e ininterrumpida?

ii) ¿Se equivocó el juez de primer grado al tomar como extremo final de la relación laboral el día 17 de noviembre del 2015 y no concluir que aquel debía ser tomado el mismo mes y año, pero del día 30, conforme se indicó en el comprobante de nómina elaborado por su empleadora?

iii) ¿La actora tiene derecho al pago del auxilio de cesantía, así como la sanción por la falta de su consignación?

Unicidad contractual

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral entre la actora y Radiología Digital Maxilofacial SAS, pues así lo admitió la demandada en su contestación. El ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no tres como declaró el juez primigenio, en consecuencia, se entrará a verificar por la Sala si existe unicidad en el nexo contractual, como lo sostiene la actora desde el libelo introductor.

Bajo ese contexto, lo primero que debe señalar la Sala es que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas. En este orden, al pretender la demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el libelo inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Esto último es lo que acontece en el presente asunto, pues analizadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes, con total certeza se razona que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la promotora dentro del interregno que se extraña, siendo de su resorte haber probado dicha circunstancia. Ello es así, por cuanto las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, no conducen a demostrar que la actora dentro de los intervalos del 30 de enero al 28 de febrero del 2009, del 1 de junio al 2 de agosto de 2001, del 29 de diciembre al 7 de enero del 2014, laboró o prestó su servicio personal a favor de la empresa, no siendo factible, como se pretende, inferir los periodos del certificado de existencia y representación legal, pues aquel nada dice sobre la unicidad de la relación laboral que se pregona.

Ahora, lo que sí evidencia la Sala del contenido de los contratos de trabajo, liquidación de prestaciones sociales, así como las planillas de aportes allegados por la encartada, es que entre las partes existieron tres contratos de trabajo, que coinciden con los periodos que el A quo declaró probados, descartando con dichos medios de convicción la existencia de

un único contrato, por ello, ningún reproche merece la decisión del Juzgador de primer grado quien declaró la existencia de múltiples nexos contractuales al no acreditarse una prestación de servicios que imprimiera continuidad a la relación, por lo que la actora deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la confirmación de la sentencia primigenia.

Extremo final

Teniendo en cuenta que se encontró razón en la existencia de tres vínculos laborales, corresponde entonces a la Sala determinar el extremo final del contrato de trabajo celebrado el 7 de enero del 2014, en tanto que aduce la censura que aquel terminó el 30 de noviembre de 2015 y, no como lo coligió el Juez primigenio al señalar que lo fue el 17 del mismo mes y año.

En lo que hace a este reproche, de entrada, advierte esta Corporación que la apelante no acierta al criticar al a quo por ignorar el comprobante de nómina en el que se aducía que el salario liquidado correspondía al periodo del 16 al 30 de noviembre del 2015 (Expediente digital, PDF 2018-703 FL504, pág. 380), cuando emerge diáfano de los demás medios de prueba que la accionante dejó de prestar su servicio personal el 17 de noviembre del mismo año, pues así surge con claridad de la carta de renuncia que presentó el 14 del mismo mes y año, según la cual acentuó que con " *(…) la presente carta, le hago saber mi decisión de finalizar la relación laboral que mantengo con la empresa RADIMAX desde 3 de agosto del año 2015 y es por ello que renuncio irrevocablemente a mi cargo (…). Les informo que, según el plazo establecido legalmente, el próximo 17 de noviembre de 2015 será mi último día en la empresa"*.

De hecho, tal situación se puede corroborar con la entrega de elementos de trabajo que realizó a su empleador en aquella data de finalización del vínculo laboral, de manera que no existe una razón válida para entender que el laborío se prolongó hasta el 30 de noviembre del 2015, iterando, cuando surge evidente del haz probatorio que ninguna prestación del servicio realizó en desarrollo del objeto del contrato de trabajo con posterioridad al 17 de noviembre de ese año.

Entonces, si tales piezas demuestran el extremo final de la relación laboral, no existe razón para que no se tenga en cuenta que el finiquito aconteció el 17 de noviembre del 2015, máxime cuando las documentales cumplen las reglas de autenticidad previstas en el artículo 54A del CPT y de la SS, a lo que se suma la actora ningún esfuerzo realizó en demostrar la prestación del servicio con posterioridad a la citada fecha, conforme se desprende del artículo 167 del CGP. De allí que también sea desatinado el reproche tendiente a obtener que el finiquito de la relación laboral se dio el 30 de noviembre del 2015, por lo que sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la sentencia reprochada.

Pago de auxilio de cesantía y sanción por la no consignación

El juzgador de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas en vigencia de la relación laboral. Sin embargo, concluyó que se trataba de obligaciones prescritas, a excepción del auxilio de cesantía, por ser exigible a la finalización del vínculo contractual, pero únicamente el que comprendió el hito temporal entre el 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015.

Entonces, lo primero que se advierte, es que la Sala no hará estudio de la sanción por la falta de consignación de cesantías al fondo respectivo, en tanto que sobre aquella el juzgador primigenio encontró probada la excepción de prescripción ante su no reclamación dentro del plazo previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del de Procedimiento Laboral; determinación que no fue objeto de ataque

por la recurrente, por manera que en lo que a ello concierne, la sentencia de primer grado queda en firme.

De las demás obligaciones que pudieran derivarse de la labor ejecutada durante el lapso el lapso 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015, esto es, el auxilio de cesantía, el A quo indicó que se hallaba acreditada su cancelación con el documento contentivo de la liquidación de prestaciones sociales al 2 de diciembre del 2015, pago que acentuó la trabajadora con la firma que impuso.

En efecto, a folio 138 reposa en el cartapacio documento que da cuenta de la "LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES" elaborada por RADIOLOGÍA DIGITAL MAXILOFACIAL SAS, del periodo comprendido entre el 1 de julio del 2014 al 18 de noviembre del 2015 (SIC), que registra en detalle la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, que aparece suscrita por la demandante y además, se indica en la parte final "*CON EL PAGO A LA FECHA, DECLARO A LOS SEÑORES REDIMAX S.A.S., A PAZ Y SALVO POR CONCEPTO DE SUELDOS, PRESTACIONES SOCIALES Y CUALQUIER DERECHO, QUE PUDIERE RESULTAR A LA TERMINACIÓN DE MI CONTRATO DE TRABAJO, DE ACUERDO A LAS DISPOSICIONES ENTES* (SIC) *SOBRE EL TRABAJO."*

En ese sentido, aun cuando adujo la demandada la existencia de prueba sobre el pago de la liquidación del contrato de trabajo no arrimó medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues no existe prueba alguna con la que se demuestre que la actora recibió el monto de dicha liquidación, de ahí que sea desacertada la conclusión del juez primigenio al escatimar que el documento probaba su pago, cuando el mismo sólo prueba únicamente el valor adeudado por concepto de la citada prestación social.

Además, no concibe la Sala que si la empresa tenía en su poder certificaciones provenientes del Banco de Colombia que daban cuenta los pagos que realizó por concepto de nómina a la trabajadora, inclusive desde el año 2011, no reflejan la última liquidación de prestaciones sociales, con la cual hubiera podido enervar la obligación de la que se le acusa no cubierta.

En ese hilo conductor y habiendo señalado la demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso, no siendo suficiente con allegar el paz y salvo que suscribió la actora. Además, porque dicha exigencia solamente le compete a la sociedad, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le correspondía, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuyen.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1638 del 5 de mayo del 2021, precisó al respecto:

> *"Tampoco se aleja de la razón el argumento del Tribunal según el cual, por haber negado el actor haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía a la demandada allegar prueba como comprobante de pago o registro contable como era su obligación, para demostrar efectivamente el cumplimiento del deber de cubrir la liquidación final de prestaciones sociales, pues es claro que si en verdad el dinero a que alude el documento se hubiera entregado efectivamente al actor, era incuestionable que la empresa tuviera registro de tal egreso en su archivos y obviamente el comprobante contable de lo pagado, pero ello no fue así pues ninguna constancia aparece en el proceso. (…)*
>
> *De conformidad con lo que se acaba de indicar, de tiempo atrás la jurisprudencia ha sostenido que el hecho de que el trabajador firme paz y salvos a su empleador no*

traduce, necesariamente, que las obligaciones a cargo de éste hubieren sido efectivamente solucionadas, por la potísima razón de que, fuera de que la situación de subordinación del trabajador respecto de su empleador permite predicar una natural sujeción reverencial a lo dispuesto por éste, entre ellos la suscripción de este tipo de documentos, lo cierto es que siendo el pago efectivo la prestación de lo que se debe (artículo 1626 Código Civil), y en términos probatorios una afirmación definida que requiere ser probada."

Bajo dicho referente jurisprudencial y como quiera que no arrimó ningún medio de prueba más que su propio dicho, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es con la condena de tal emolumento.

En esa medida, esta Sala revocará parcialmente el numeral tercero de la sentencia reprochada y, en consecuencia, condenará a la demandada el pago del auxilio de cesantía dentro del periodo del 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015, tomando para el efecto el salario devengado e indicado por el A quo, por lo que así se procederá.

Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$1.171.329** por concepto de auxilio de cesantías causado entre el 7 de enero de 2014 al 17 de noviembre de 2015.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2014	$ 616.000	$ 0	$ 616.000	354	$ 605.733
2015	$ 644.350	$ 0	$ 644.350	316	$ 565.596
Total Auxilio de cesantías					**$ 1.171.329**

Indexación

Se ordenará que la suma atrás indicada sea indexada, ello ante su evidente devaluación monetaria, por lo que deberá tenerse en cuenta como IPC inicial el 18 de noviembre de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante de forma parcial el recurso de apelación propuesto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 25 de septiembre del 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada **RADIOLOGÍA DIGITAL MAXILOFACIAL SAS** a pagar a favor de la demandante la suma de **$1.171.329** por concepto de auxilio de cesantía, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 13 de enero de 2018 y como IPC final al momento de su pago, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **RADIOLOGÍA DIGITAL MAXILOFACIAL SAS**.

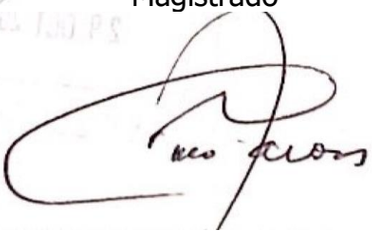
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

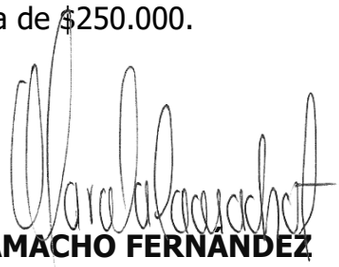


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Edith Mendoza Rojas y a cargo de la demandada en la suma de $250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GEORGINA NIÑO CÓRDOBA
Demandado: TEMPORALES UNO A BOGOTÁ SA Y OTROS
Radicado No.: 21-2016-00515-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDADAS - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Georgina Niño Córdoba instauró demanda ordinaria contra Temporales Uno A Bogotá SA y Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro vigente entre el 18 de enero del año 2010 hasta el 30 de noviembre del 2014; mientras que la empresa de servicios temporales actuó como intermediaria obligada a responder de manera solidaria junto con el verdadero empleador las acreencias laborales causadas.

En consecuencia, solicitó a su favor se condene al pago de descanso remunerado, bono navideño, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima extraordinaria, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, según convención colectiva de trabajado; subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantía e intereses, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978; sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, sanción moratoria contemplada en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales. Como pretensiones subsidiarias solicitó se condene a las encartadas a cancelar el reajuste de cesantías y sus intereses, así como la sanción por no pago de las cesantías.

Como sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que el Fondo Nacional del Ahorro mantuvo la práctica de contratar a sus empleados por medio de Empresas Temporales, por lo que fue vinculada por medio de la Empresa Temporales Una – A-Bogotá SA, durante más de 12 meses, comprendidos entre el 18 de enero del 2010 al 30 de noviembre del 2014, devengando un salario de $1.190.700, tiempo durante el que no disfrutó de sus vacaciones.

Refirió que prestó sus servicios directamente en las oficinas o puntos de atención del FNA, de forma exclusiva, según las funciones directamente dadas por aquella y bajo la absoluta subordinación, además, que durante los distintos periodos en los que estuvo vinculada con el FNA ejecutó funciones bajo el cargo de Comercial III, es decir, de auxiliar de apoyo. Indicó que el nexo contractual fue finalizado por el FNA, siendo de forma continua hasta el 30 de noviembre del 2014. (Cuad.1 fol. 100 a 137).

2. Contestación de demanda.

2.1. Temporales Uno A Bogotá SA. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que es una sociedad legalmente constituida para el suministro de personal en misión consagrado en la Ley 50 de 1990, regulada por el Decreto 4369 de 2006, demostrándose ese hecho con cada uno de los contratos suscritos por separado entre las partes, mismos que tuvieron el proceso de ingreso que tiene cada trabajador nuevo al momento de ser vinculado a una empresa por primera vez. Refirió que se presentaron varios contratos, dado que la trabajadora estaba totalmente capacitada para desempeñar las labores propias de los perfiles que solicitaba la empresa usuaria, es decir, el Fondo Nacional del Ahorro.

Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio de Humana Team Ltda, Red Alma y Optimizar Servicios Temporales y de mérito las que denominó buena fe del empleador, inexistencia de despido sin justa causa, inexistencia del derecho de acreencias laborales del sector público, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, pago, temeridad, buena fe de la temporal frente al contrato comercial y prescripción. (Cuad.1 fol. 278 a 305).

2.2. Fondo Nacional del Ahorro. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los supuestos fácticos indicó que, dada la naturaleza jurídica de la entidad, la planta de personal se encuentra contemplada en acto administrativo, no obstante, excepcionalmente ha ejercitado el derecho que le asiste a vincular por la vía de contrato de trabajadores en misión. De esta forma refirió que no tiene ningún vínculo jurídico de naturaleza laboral con la actora, ni como empleada pública, mucho menos como trabajador oficial, de modo que no tiene por qué responder ante las acreencias laborales reclamadas. En su defensa formuló la excepción previa la de prescripción y como de fondo las que denominó carencia de causa y de objeto, inexistencia de la relación laboral, prescripción, buena fe y genérica. (Cuad.1 fol. 155 a 184 y 449 y 450).

3. Llamamiento en garantía.

3.1. Contestación demanda y llamamiento en garantía. Liberty Seguros SA, en un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que la existencia de solidaridad entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales ha sido rechazada unánime y enfáticamente por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, además, que no se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos de un contrato de trabajo entre la actora y el FNA, por ende, no existe obligación y responsabilidad de pagar las acreencias laborales pretendidas en la demanda a cargo de la entidad llamante en garantía y a favor de la actora.

Respecto del llamado en garantía que se le hizo sostuvo que no es responsable del pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones e indexaciones o intereses legales que pudiera adeudar el FNA como presunto empleador directo a la parte

demandante. Indicó que la parte actora pretende el pago de múltiples acreencias laborales generadas a raíz de una supuesta relación de trabajo con el Fondo citado, en la que actuó como intermediaria la empresa Temporales Uno A Bogotá SA, temporal que no se encuentra afianzada o garantizada en las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998 por Liberty Seguros SA y que son base del llamamiento en garantía.

Insistió que la actora afirma que su relación laboral con el FNA se extendió entre el 18 de enero de 2010 y hasta el 30 de noviembre del 2014, tratándose de hechos ocurridos con anterioridad al inicio de la vigencia del seguro y que por tanto no se encuentran cubiertos por las pólizas de cumplimiento citadas, en tanto que no se había iniciado la ejecución de los contratos núm. 275 de 2014 y 147 de 2015, los cuales se encontraban amparados bajo las pólizas de cumplimiento.

Como medios exceptivos se propuso frente a la demanda falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del FNA, inexistencia de relación laboral, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del FNA, ausencia de solidaridad, prescripción, buena fe y genérica. Mientras que sobre el llamamiento en garantía formuló las de inexistencia de siniestro para las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998, ausencia de cobertura, nulidad relativa, inexistencia de obligación, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas de cumplimiento núm. 2436541 y 2533998 y genérica. (Cuad.1 fol. 491 a 515).

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Cuad.1 fol. 139 y 140); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de febrero del 2020, en la que se declaró que entre la actora y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo vigente desde el 18 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2014 y que la sociedad Temporales Uno A Bogotá SAS, actuó como simple intermediaria; declaró parcialmente probada las excepciones de prescripción y pago y, en consecuencia, condenó al Fondo Nacional del Ahorro a pagar por conceptos de carácter convencional, bonificación especial, bono navideño y prima extraordinaria; y de carácter legal, diferencias de vacaciones, prima de vacaciones, diferencias de cesantías, indemnización moratoria; condenó de manera solidaria a la sociedad Temporales Uno a Bogotá SAS a las sumas impuestas; negó las pretensiones en contra del llamado en garantía y condenó en costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuesto, tuvo como problema jurídico dilucidar si entre la demandante y el Fondo Nacional del Ahorro existió un verdadero contrato de trabajo entre el 18 de enero del 2010 hasta el 30 de noviembre del 2014. Con tal propósito y luego de referirse a su naturaleza jurídica y de sus trabajadores, sostuvo que en caso de probarse una verdadera relación laboral entre la demandante y dicha entidad se entenderá que la misma fungió como trabajadora oficial. Así, aclaró que el estudio frente a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo en dicho lapso no debe fundarse en el elemento de la subordinación de la empresa usuaria frente al trabajador en misión, sino, en el análisis del cumplimiento y los presupuestos que autorizan acudir a dicha vinculación en contraste con las prohibiciones establecidas en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 que regula el funcionamiento de las empresas de servicios temporales.

Conforme a ello, apuntó que la promotora de la litis fue contratada por la empresa de servicios temporales como empleada en misión para prestar servicios al Fondo Nacional del Ahorro a través de 7 contratos de trabajo de la siguiente forma: desde el 16 de marzo al 15 de diciembre de 2009; del 18 de enero hasta el 23 de marzo del 2010; del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo del 2011; del 5 de abril hasta el 13 de marzo del 2012; del 14 de marzo del 2012 hasta el 30 de enero del 2013; desde el 01 de febrero del 2013 hasta el 27 enero del 2014 y del 28 de enero al 30 de noviembre de 2014.

De tal manera, sostuvo que a partir del 18 de enero del 2010, fecha en la que se solicita la declaratoria del contrato de trabajo, correspondía entonces a las encartadas demostrar que la vinculación obedeció a cualquiera de los escenarios previstos en el artículo 77 de la Ley 50 del 90, sin embargo, refirió que no se aportó documental tendiente a probar que la contratación se situó en cualquiera de las causales establecidas, por manera que coligió que la actora no desarrolló labores ocasionales, accidentales o transitorias, tampoco al reemplazo de personal de vacaciones o en uso de licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad, ni en un incremento de la producción, del transporte, de venta, de productos y de mercancías.

Además, esbozó que los lapsos de los contratos superaron ampliamente los términos y la prórroga establecida en la citada Ley, de manera que, existiendo una verdadera relación de trabajo entre la demandante y la entidad demandada, con la consecuente declaración de responsabilidad solidaria de la empresa temporal de las condenas impuestas. (Cuad.2 CD a fol.705).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del Fondo Nacional del Ahorro. Formuló recurso de apelación indicando que, si bien la A quo manifestó que no aportó el contrato suscrito con la temporal también demandada, lo cierto es que en el curso del proceso se demostró, precisamente del dicho del representante legal, que efectivamente había hecho uso de la contratación con la señora Georgina Niño. Refirió que la actora realizó funciones diferentes dentro de las labores enunciadas en la demanda, por lo que tampoco se tuvo en cuenta los 8 contratos que en nada tienen que ver con el objeto que ejerce el Fondo Nacional del Ahorro.

Aludió a que siempre actuó dentro de los límites de la ley como quiera que en los contratos suscritos nunca extralimitó el año que aduce la norma. Agregó que existe un contrato de obra o labor donde la entidad actuaba como empresa usuaria, por lo tanto, la subordinación era delegada por la empresa temporal, quien a su vez cancelaba todas las obligaciones a la demandante. Consideró que es una extralimitación al reconocer la calidad de funcionaria pública a quien no reúne los requisitos, pues nunca fue contratada directamente y, por ende, no existe un acto administrativo que reconozca tal calidad.

(Cuad.2 CD a fol.705).

5.2. Recurso de apelación de Temporales Uno A Bogotá SA. En su alzada sostuvo que las funciones de la trabajadora no eran las mismas y, por tanto, esto hacía que no existiera unidad para determinar un contrato realidad. Insistió que, si bien existieron varios contratos con extremos ya determinados en la misma sentencia, también es cierto que en los mismos se cambiaban de funciones, de manera que el servicio temporal era distinto y no podía verse como uno solo. De otro lado, arguyó que se otorgó el reconocimiento del pago de las acreencias sin atender que las mismas

no debían dársele como trabajadora oficial, sino, conforme al Código Sustantivo del trabajo. (Cuad.2 CD a fol.705).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que del acervo probatorio e incluso de la posición jurídica que ha tomado la parte demandada, se puede colegir que efectivamente entre la señora Georgina Niño de García y el Fondo Nacional del Ahorro existió una relación laboral en la que participó la empresa Temporales Uno A como intermediaria. Refirió que efectivamente se probaron los extremos de la relación con documentos y testimonios que no fueron contrarrestados por la parte demandada, concluyéndose entonces que la actora fue contratada de manera ininterrumpida desde el 18 de enero del año 2010 hasta el 30 de noviembre del año 2014, periodo en el que cumplió funciones para el Fondo Nacional del Ahorro atendiendo al público, prestando servicios administrativos, entre otras funciones que eran misionales y del curso normal de la operación del Fondo Nacional del Ahorro, quien ejerció la subordinación y dirección de la demandante a través de funcionarios –de planta-. Agregó que no hubo discusión en cuanto a que efectivamente esta institución le dio toda la dotación, que todas las labores se desarrollaron en instalaciones del Fondo, circunstancia que además fue corroborada por los testigos que declararon. Además, se corroboró que el Fondo Nacional del Ahorro disponía de los recursos para el pago de la remuneración de la señora Georgina Niño de García.

6.2. Fondo Nacional del Ahorro. En su escrito indicó que las pretensiones invocadas con el escrito de la demanda, derivan de la supuesta existencia de un contrato realidad entre el demandado y el Fondo Nacional del Ahorro, determinación que erradamente concluyó el a quo, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, no se pudo demostrar la coexistencia de elementos esenciales, que derivan del contrato realidad; hechos estos que sin duda no pueden afirmarse, ni contemplar la condición de empleador a la entidad, pues se pudo establecer que entre la demandante y la entidad Temporales Uno A, se suscribieron contratos que fueron reconocidos por la demandante y dicha entidad demandada en el interrogatorio de parte y en los testimonios, de igual forma se pudo establecer que en estos contratos la labor desempeñada siempre fue distinta y hubo interrupción de la temporalidad en varios de ellos, hechos que sin duda, demuestran que no existió obligación contractual alguna de forma directamente, no hubo pagos o retribución alguna por el servicio prestado toda vez que su verdadero empleador fue siempre la empresa de servicios temporales y sumado a ello, nunca existo dependencia por parte de la demandante frente al Fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor del Fondo Nacional del Ahorro en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y el Fondo Nacional del Ahorro, fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?

(ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?

(iii) De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿Se equivocó el Juez de primer grado al calificar la naturaleza del vínculo que une a la demandante con la entidad oficial, esto es, como trabajadora oficial?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador".*

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

> "*En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.*"

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con la aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por la empresa de servicio temporal, ello en atención

que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como trabajadora en misión, ejecutó actividades en favor del Fondo Nacional del Ahorro que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intelecciones a las que llegó la sentenciadora de primer grado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora Georgina Niño Córdoba, prestó sus servicios a favor del citado Fondo por un lapso superior a 5 años, para ejercer inicialmente el cargo de auxiliar administrativo, el cual posteriormente fue modificado al de Auxiliar Administrativo y Comercial III, pues, así se logra desprender de los contratos de trabajo y de la certificación laboral que se allegó al plenario, de los que se evidencia lo siguiente:

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO
OBRA O LABOR	16/03/2009 AL 15/12/2009	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	CUAD. 1, 56-61
OBRA O LABOR	18/01/2010 AL 23/03/2010	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	CUAD. 1, 56-62
OBRA O LABOR	26/03/2010 AL 25/03/2011	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	CUAD. 1, 56-306
OBRA O LABOR	5/04/2011 AL 13/03/2012	AUXILIAR DE APOYO	CUAD. 1, 56-313
OBRA O LABOR	14/03/2012 AL 30/01/2013	AUXILIAR DE APOYO	CUAD. 1, 56-330
OBRA O LABOR	01/02/2013 AL 27/01/2014	AUXILIAR DE APOYO	CUAD. 1, 56-359
OBRA O LABOR	28/01/2014 AL 30/11/2014	COMERCIAL III	CUAD. 1, 56-390

Y si bien del acopio probatorio se desprende que hubo cambio en el nombre del cargo en diferentes ocasiones, lo cierto es que la prestación del servicio fue siempre de manera continua y, por ende, una necesidad permanente de la usuaria, además, no se observa que se hubiera plasmado en el texto de los contratos alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación. De hecho, ni siquiera se allegó el contrato que celebró con la empresa temporal codemandada, para determinar tal situación, por lo que no se conoce siquiera que motivo que llevó a celebrar el negocio jurídico que se pretende tener por cierto. A lo anterior se suma que está plenamente demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, conforme a los citados contratos de trabajo.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera que, aunque no desconoce la Sala que la actora en el transcurso de los siete contratos tuvo cambios en la designación del cargo, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio no permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que permiten concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, la demandada

Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, el Fondo Nacional del Ahorro, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente.

Planteamiento aquel, que impera sin importar la naturaleza jurídica del cargo (vinculación privada u oficial), en tanto que, como ya lo advirtió de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de febrero de 2006, radicación 25717, *"(..) las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.*" Criterio que se ha mantenido hasta el momento. (SL4330-2020, SL467-2019, SL1228-2018)

Dichas consideraciones son más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a que el Fondo Nacional del Ahorro es el verdadero empleador de la aquí demandante y la empresa de servicio temporal actúo como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Calificación de la naturaleza del vínculo

Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, debe señalarse que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según el artículo 1° de la Ley 432 de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Por manera que, a voces del artículo 22 del Decreto 1458 de 1998, serán trabajadores oficiales todas aquellas personas que prestan sus servicios, con excepción de quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Subdirectores Generales, Jefe de Oficina Asesora de Control Interno, Coordinadores de Dependencias Regionales, los cuales tendrán la calidad de Empleados Públicos.

Por lo tanto, tenemos que la actora es trabajadora oficial, tal como lo concluyó el A quo, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "auxiliar administrativa, de apoyo y comercial III", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público, de allí que no sea viable, como se pretende, se utilice las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo, para resolver el litigio, entre otras razones porque dicha preceptiva regula únicamente relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular, según lo indica su artículo 3, situación que no acontece en este asunto, pues, se reitera, aquí la trabajadora pertenece al grupo de trabajadores oficiales, dada la naturaleza jurídica de la entidad

y la calidad de sus trabajadores que se esgrimió con anterioridad, por manera que se siga confirmar la sentencia proferida en primer grado.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las demandadas y a favor de la actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas Temporales Uno A Bogotá SA y Fondo Nacional del Ahorro. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

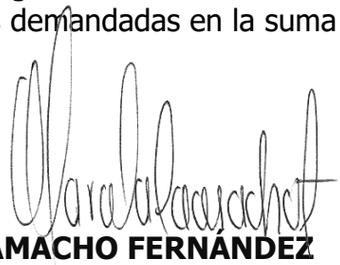
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Georgina Niño Córdoba y a cargo de cada una de las demandadas en la suma de $500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ERIKA ZOE SARMIENTO LÓPEZ
Demandadas: FUNDACIÓN WR TEJIDO SOCIAL Y OTRA
Radicado No.: 28-2016-00689-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – CONSULTA - REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Erika Zoe Sarmiento López, instauró demanda ordinaria contra la Fundación Wr Tejido Social y Bogotá DC- Secretaría de Integración Social, con el propósito de que se declare que con la primera de aquellas existió un contrato de trabajo, mientras que la segunda es responsable solidariamente respecto de las obligaciones laborales surgidas en virtud del citado vínculo laboral. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, sanción por la no consignación de las cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, moratoria y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 29 de marzo del 2016 se celebró convenio 8056 entre Bogotá DC – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación Wr Tejido Social; así mismo, que el 4 de abril del 2016 suscribió contrato de prestación de servicios por convenio de asociación con la citada fundación, cuyo propósito fue el de ocupar el cargo de terapeuta ocupacional, para el programa social centro noche – Barrios Unidos hasta el 25 de noviembre del mismo año.

Refirió que, de conformidad con la cláusula tercera del contrato, el valor del contrato suscrito ascendió a la suma de $21.216.000, pagaderos en ocho mensualidades vencidas y variables, de las cuales cuatro no fueron canceladas. Indicó que el trabajo lo realizó personalmente en las instalaciones destinadas para el efecto de la entidad contratante, con los recursos suministrados por ésta, la cual asumió durante el término de duración de la relación la totalidad del riesgo económico de la actividad. Sin embargo, sostuvo que el 29 de julio de 2016, sin justa causa le ordenaron entregar su puesto de trabajo, adeudándosele prestaciones sociales, así como la indemnización por terminación de su contrato. (fls. 21 a 29).

2. Contestación de demanda.

2.1. Bogotá DC - Secretaría de Integración Social. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada. En lo que hace a los supuestos fácticos indicó que la vinculación laboral de la demandante se dio con la fundación, quien era su empleador. Propuso como excepción previa la de falta de competencia del juez por no agotamiento de la reclamación administrativa y como de fondo las que denominó buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización, prescripción y genérica. (fls. 87 a 96).

2.2. Fundación Wr Tejido Social. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que no obra prueba de que el trabajo lo realizó personalmente la actora, ni que lo fue obedeciendo las instrucciones del contratante y del coordinador del centro de noche, cumpliendo con un horario de trabajo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y, prescripción. (fols. 122 a 125)

3. Actuación procesal. En audiencia del que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, calendada del 9 de julio del 2019, se declaró probada la excepción previa propuesta por la codemandada Bogotá DC - Secretaría de Integración Social, excluyéndose de la actuación.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de marzo del 2021, en la que la falladora absolvió a la demandada de la totalidad de prestaciones incoadas en la demanda por la actora, condenando en costas a ésta.

Para arribar a tal decisiva tuvo como problema a dilucidar si existe o no la relación laboral que pregona la actora; para lo cual hizo alusión a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST, a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre tal aspecto y al material probatorio arrimado al proceso, significando que del contrato de prestación de servicios allegado no evidenciaba un acto jurídico distinto al mencionado, ni que aquel permite inferir que se está ante un convenio diferente al celebrado por las partes. En consecuencia, no podría avistar la existencia de una relación laboral, acotando que la demandante era quien debía demostrar que la prestación del servicio no la realizó de forma independiente y autónoma, sino que estuvo bajo las premisas jurídicas de la subordinación, razón por la cual no podía exigir a la demandada probar lo distinto. (Cd. fol. 151)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada. En su escrito solicitó se confirme el fallo de primer grado, aduciendo que no podía predicarse una relación de trabajo, pues si bien existió un contrato de prestación de servicios, no obstante, los horarios obedecieron a la distribución y coordinación del servicio. Indicó que debía dar un lugar para que la actora prestara sus servicios como profesional de la salud, pero no se encontraba en subordinación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La Fundación Wr Tejido Social, fungió como empleadora de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor de la encartada, encuentra la Sala que se aportó "*Contrato Personal de Prestación de Servicios*" suscrito por la demandante y la pasiva, el cual tuvo por objeto *"ejecutar de manera personal las actividades de **TERAPEUTA OCUPACIONAL**"*, de acuerdo a las condiciones, cláusulas y

anexos del contrato 8056 de 29 de marzo del 2016 celebrado entre Bogotá DC – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación Wr Tejido Social. (folios 42 a 46).

Según se desprende del nexo contractual antes citado, las funciones específicas de la actora consistieron a partir del 4 de abril del 2016, entre otras, en:

1. Acompañar y orientar a las personas mayores en la definición e implementación de los Planes de Atención Integral Individual – PAIIN por la Secretaría Distrital de Integración Social, para el desarrollo y fortalecimiento de capacidades para la superación de las situaciones que obligan las personas a dormir en espacios no habitacionales y/o dignos, a partir de los lineamientos definidos en el Modelo de Atención Integral para Personas Mayores – MAIPM.
2. Aplicar el perfil ocupacional, prueba de valoración diagnóstica a cada una de las personas mayores que asisten voluntariamente al servicio social de Centro Noche.
3. Realizar seguimiento y registro mensual correspondiente al avance ocupacional y productivo de la persona mayor.
4. Orientar y hacer seguimiento a las recomendaciones realizadas desde su área para el alcance de los objetivos propuestos en las líneas de acción establecidas en el anexo técnico.
5. Establecer contactos juntamente con el profesional en trabajo social y/o el profesional en psicología para las unidades productivas y procesos laborales a nivel local y distrital para las personas mayores (en horario diurno).

Dichas funciones se culminaron el 30 de julio del 2016, con la suscripción del "Acta I" elaboradora por la Secretaría Distrital, misma en la que además se dejó constancia la entrega del cargo ocupado por la accionante, acto motivado por la "*finalización del contrato de prestación de servicios de terapia ocupacional a razón de las inconsistencias registradas en las actas de supervisión.*" (folio 47)

Así las cosas, encuentra la Sala que no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios de la señora Erika Zoe Sarmiento López en beneficio de Fundación Wr Tejido Social, pues, así se predica de los medios de persuasión traídos a colación, que ratifican que la promotora del proceso llevó a cabo actividades personalmente a favor de la encartada, labores que desempeñó en virtud del convenio de asociación TS-SDIS 8056 suscrito entre esta última y la Secretaría Distrital de Integración Social; significando que, contrario a lo dicho por el Curador Ad Litem de la demandada, la actora cumplió con el primer elemento estructurante del contrato laboral, esto es, la actividad personal en favor de la Fundación.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la Fundación Wr Tejido Social, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual permita constatar que la actora desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, sin que para este efecto baste la sola presencia del contrato de prestación de servicios, en tanto, como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3575-2020, aquellos por sí solos no tiene la fuerza suficiente para socavar la existencia de una relación de índole laboral entre las partes en contienda.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la señora Erika Zoe Sarmiento López haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, entonces, dada tal falencia probatoria, implicaba, para la A quo

tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada su conclusión, al inferir la inexistencia de una relación laboral entre las partes dada la existencia del contrato de prestación de servicios.

Bajo ese contexto, la Sala tampoco puede pasar por alto la exigencia que la juez de primer grado le creó a la demandante, al estimar que aquella era quien debía probar que la prestación del servicio lo fue de manera autónoma e independiente, dando prevalencia al citado nexo contractual, cuando tal imposición no sólo quebranta las disposiciones legales que regulan este asunto en concreto, en la medida que deja de un lado la presunción consagrada en el artículo 24 del CST que, precisamente, privilegia la prestación personal del servicio de la trabajadora como expresión del vínculo laboral, aún por encima del esquema contractual adoptado por las partes. Sino, también, echando de menos la perspectiva de la primacía de la realidad sobre las formas que al inicio de esta sentencia se dejó anotado y que demanda prevalencia a las circunstancias que rodearon la relación contractual más que a las formalidades resultantes de los documentos suscritos por las partes.

A lo anterior se suma, porque que dada la naturaleza de la actividad que realizó la gestora del proceso, no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, en atención a que sus labores no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requería en virtud del contrato que la encartada suscribió con el ente público. De hecho, lo que observa la Sala es que el cargo que ostentó la actora hacía parte de las necesidades específicas de los contratantes, pues, dentro de las "*Condiciones Generales del componente de Talento Humano"*, que se registró en la "*estructura anexo técnico*", se exigía que "*El asociado debe asignar al terapeuta ocupacional horarios diurnos para el desarrollo de las articulaciones y acciones tendientes al cumplimiento de sus objetivos en el servicio."*

Y como si lo anterior no fuera suficiente, al analizar el contrato de prestación de servicios de cara al certificado de existencia y representación legal de la fundación, las labores que ejerció la actora no son distintas a la realización de todas las actividades que tuvieron como finalidad cumplir con el objeto social de la fundación, que no es otro que "*el ejercicio de actividades que procuren la prestación de servicios de beneficencia y desarrollo social a través de todo tipo de acciones que propendan por el bienestar de la persona, la familia, discapacitados, desplazados, grupos étnicos y/o cualquier institución grupo social en el que sus derechos se encuentren en alto riesgo o estado de vulnerabilidad (…) en especial (…) garantizar los servicios de asistencia operacional; el suministro de alimentos, alojamiento, transporte, de servicios de gestión social, de personal profesional (…)"*

De acuerdo con lo visto, es claro para la Sala que la juez de primer grado incurrió en error al no estimar de los medios de convicción allegados al proceso que entre las partes existió un contrato de trabajo, dado que, las mismas lejos se encuentran de acreditar que el vínculo fuera ajeno a lo laboral.

Acotando a lo anterior, porque dada a la presunción de la cual fue beneficiaria la demandante, la misma no fue derruida por la pasiva, pues sobre tal aspecto no se allegó ningún medio probatorio que fuese suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, se ejecutó con libertad y autonomía. Por el contrario, de las pruebas arrimadas por la activa, es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la fundación y de los contratos que esta última suscribió con el sector público.

Las anteriores consideraciones son suficientes para revocar la sentencia consultada.

Extremos temporales de la relación

Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Con respecto al hito inicial se acredita que tuvo ocurrencia para el 4 de abril de 2016, pues, no fue un hecho desconocido por la demandada al dar respuesta al libelo primigenio, al afirmar que el contrato de prestación de servicios personales de la actora se inició a partir de aquella data. En lo que hace al extremo final será el señalado en el acta que se suscribió ante la Secretaría Distrital de Integración Social, esto es, el 30 de julio del 2016. Sobre este periodo, se liquidarán las condenas.

Salario

El salario de base corresponderá al indicado en el contrato de prestación de servicios, toda vez que la llamada a juicio se abstuvo de demostrar que el contenido de lo allí especificado no correspondiera a la verdad; siendo el siguiente:

- Del 4 al 30 de abril la suma de $2.386.800.
- Del 1 al 31 de mayo la suma de $2.740.400.
- Del 1 al 30 de junio la suma de $2.652.000.
- Del 1 al 30 de julio la suma de $2.740.400.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a la señora Sarmiento López, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

En tal virtud, debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que la actora haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **14 de octubre de 2016** (folio 62)**.** Conforme a ello, y como quiera que la relación laboral fue declarada entre el 4 de abril al 31 de julio del 2016, es claro que no transcurrió el término de prescripción de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, por lo tanto, no le queda otro camino a la Sala en declarar no probada la excepción propuesta oportunamente por el Curador Ad Litem de la demandada.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe prueba alguna de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía,

un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$881.053** por concepto de auxilio de cesantías entre el 4 de abril al 30 de julio del 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2016	$ 2.629.900	$ 0	$ 2.629.900	117	$ 854.717
Total Auxilio de cesantías					**$ 854.717**

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **$34.361** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2016	Terminación del contrato	117	$ 854.717	$ 33.333
Intereses a las cesantías				**$ 33.333**

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **$33.333** a título de indemnización.

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **$854.717** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2016	$ 2.629.900	$ 0	$ 2.629.900	117	$ 854.717
Total Prima de servicio					**$ 854.717**

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **$445.315** por su compensación en dinero.

Vacaciones				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
04/04/2016 al 30/07/2016	30/07/2016	$ 2.740.400	117	$ 445.315

Total vacaciones	**$ 445.315**

Indemnización moratoria

Respecto a este pedimento cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando es evidente la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 62, acta de reparto del 14 de octubre del 2016), en consecuencia, le corresponde la suma de $91.346 a partir del 1 de agosto de 2016 hasta que se efectúe el pago total de las acreencias adeudadas.

Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías

No hay lugar al pago de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, en tanto que el auxilio de cesantía causado en vigencia de la relación laboral debió ser entregado directamente a la trabajadora y no consignadas a un fondo para tal fin, en los términos y condiciones señalados el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por manera que corriendo únicamente la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ante su no pago.

Indemnización por despido sin justa causa.

La demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la

legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que allegó para el efecto el acta de entrega del cargo, según la cual la finalización del vínculo contractual tuvo lugar a las "*inconsistencias registradas a las inconsistencias registradas en las actas de supervisión"*, es decir, que la terminación del contrato de trabajo fue de forma unilateral del empleador, ante la presunta desatención de sus obligaciones. De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, ya que sobre lo registrado en la citada acta no hay ningún solo medio de prueba que permita acreditar que en verdad la demandante incumplió con sus obligaciones contractuales y en esa medida tener por cierto que ello obedeció a una justa causa, no queda otro camino que ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **$2.740.400**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por el actor se enmarca en el literal "a" del Art. 64 en cita, en tanto que la trabajadora devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
$ 2.740.400	04/04/2016	31/07/2016	$ 83.333,33	117	**$ 2.740.400**
Total indemnización					**$ 2.740.400**

Costas.

Sin costas en las instancias, por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de marzo del 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre

la señora **ERIKA ZOE SARMIENTO LÓPEZ** y **FUNDACIÓN WR TEJIDO SOCIAL** entre el 4 de abril al 31 de julio del 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **FUNDACIÓN WR TEJIDO SOCIAL** a pagar a la señora **ERIKA ZOE SARMIENTO LÓPEZ** las siguientes sumas de dinero:

a) **$854.717**, por concepto de auxilio de cesantía.
b) **$33.333**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
c) **$33.333**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía.
d) **$854.717**, por concepto de prima de servicios.
e) **$445.315**, por concepto de vacaciones.
f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la suma de $91.346 a partir del 1 de agosto de 2016 hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas.
g) **$2.740.400**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **ERIKA ZOE SARMIENTO LÓPEZ**.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: Sin costas en las instancias.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LEONARDO CONTI PARRA
Demandado:	MÉDICOS ASOCIADOS S.A.
Radicación:	1100131050-35-2019-00386-01
Tema:	HONORARIOS PROFESIONALES – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Leonardo Conti Parra, instauró demanda ordinaria contra Médicos Asociados S.A. con el propósito de que se declare que entre las partes existió el contrato de prestación de servicios No. 2011-024 suscrito el día 16 de marzo del 2011; que suscribieron otros si al citado contrato que datan del 28 de noviembre del 2011 y 1 de junio de 2012 y, por ende, se generaron las facturas LCP0294, LCP0299, LCP0302, LCP0305, LCP0307, LCP0309 y LCP0316, pendientes de su pago. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor el pago insoluto de $402.839.317, de acuerdo con las citadas facturas; indexación, intereses moratorios, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 16 de marzo del 2011, suscribió contrato de prestación de servicios No. 2011-024 con la demandada, así como los Otros si de fecha 28 de noviembre de 2011 y 1 de junio de 2012. Indicó que, en cumplimiento del citado contrato, se emanan 7 facturas, las cuales en Acta núm. 1 de fecha 17 de julio del 2014 quedó consignado el valor inicial de cada factura y el saldo que se le adeuda por un total de $673.442.933.

Sostuvo que el 4 de agosto del 2014, la encartada a través de un correo electrónico le informa que una vez realizado la aclaración de la conciliación realizada a las facturas encontró un saldo pendiente de $270.603.616, a los que debía descontarse un valor de $6.222.903 consistente en servicio telefónico, quedando como saldo el valor de $264.380.713, los cuales le fueron consignados a su cuenta bancaria. No obstante, indicó que pese a dicho abono le quedó adeudando la suma de $402.839.317. (Expediente electrónico, PDF 2019-00386 EXPEDIENTE DIGITALIZADO, pág. 36 a 40).

2. Contestación de la demanda. En auto calendado del 14 de febrero del 2020, el A quo tuvo por no contestada la demanda (Expediente electrónico, PDF 2019-00386 EXPEDIENTE DIGITALIZADO, pág. 112).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de julio del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 2011024 del 16 de marzo de 2011, así mismo los Otros Si de fechas 28 de noviembre de 2011 y 01 de junio de 2012, sin embargo, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, centró su atención en el contrato de prestación de servicios allegado, así como a los otros si, que se suscribieron con posterioridad, para indicar que comoquiera que la demandada no presentó escrito de contestación de demanda ni formuló tacha de falsedad sobre dicho documental, los debía tener como auténticos y de esta forma acceder a las pretensiones tendientes al reconocimiento del vínculo contractual.

No obstante, indicó que de conformidad con la cláusula 1 del contrato de prestación de servicios, la parte actora no allegó la ficha técnica a la que hacía referencia la citada estipulación, para determinar en concreto los servicios prestados. Además, que sobre las facturas habían sido allegadas en papel químico original, siendo algunas de ellas ilegibles, pero en todo caso refirió que no se aportaron los soportes de la prestación del servicio, por lo cual carecía de elementos probatorios para conceder las pretensiones económicas que pretende el actor. (Expediente electrónico, audio: AUDIENCIA 2019-386)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que se aportó a la demanda unas facturas en original donde se estableció en la parte de descripción las actividades que ejerció frente al contrato de prestación de servicios. Además, debía tenerse que la demandada no contestó la demanda y no fue objeto de tacha el contrato de prestación de servicios, igual tratamiento debía darse a las facturas de venta. Indicó que el A quo desconoció el Acta de acuerdo que se suscribió entre las partes del 17 de julio del 2014, donde claramente está especificado la conciliación a la que llegaron y el reconocimiento de las facturas y actividades. (Expediente electrónico, audio: AUDIENCIA 2019-386)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que está acreditado que la parte demandada no se opuso, ni tachó de falso ninguna de las facturas objeto del presente cobró, todo lo contrario, suscribió un acta donde con su firma reconoce las facturas y la deuda pendiente al demandado. Indicó que tampoco se opuso a las pretensiones de la demanda, por lo que las facturas recibidas, aceptadas, objeto de revisión en acta de 17 de julio de 2014, hacen entrever a todas luces el cumplimiento del contrato de prestación de servicios y sus otros si suscritos entre las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿El demandante, actuando en su condición de persona natural, prestó sus servicios médicos profesionales especializados en salud ocupacional, como lo sostiene el recurrente, de allí que se le adeuden los honorarios representados en facturas cambiarias?

ii) O, por el contrario, como lo concluyó el a quo que, pese a la existencia del contrato de prestación de servicios, ¿el actor no demostró la actividad personal que desplegó en cumplimiento del objeto contractual?

Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Honorarios -

Para resolver los problemas jurídicos que llaman la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra**,** por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 Ibidem.

Por lo anterior, es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. Por manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado en entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

Así las cosas, se entrará a definir la existencia del vínculo contractual y si los honorarios en verdad se causaron, para luego determinar su valor. Para efectos de lo anterior, se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto, aportadas al plenario, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Siendo así, la parte demandante señala en el libelo genitor que prestó sus servicios profesionales de médico especialista con la suscripción del contrato de prestación de servicios No. 2011-024 con la convocada a juicio, así como los Otros si de fecha 28 de noviembre de 2011 y 1 de junio de 2012, del cual reclama el pago de unos honorarios, representados en unas facturas cambiarias que aduce el gestor del proceso que son representativas no solo del valor de sus honorarios, sino, de la gestión que realizó en cumplimiento del objeto del contrato.

Bajo ese direccionamiento la parte actora se apoya en la prueba documental aportada al proceso, misma que hace referencia a las siguientes facturas cambiarias:

Núm. factura	**remanentes**
LCP294	$ 105.333.100
LCP299	$ 10.451.074
LCP302	$ 69.727.608
LCP305	$ 143.130.069
LCP307	$ 852.675
LCP309	$ 45.945.576
LCP316	$ 27.401.215
Total	$ 402.841.317

Además, soporta su dicho en acta núm. 1 del 17 de julio de 2014 de la Fiduprevisora, en la que se anotó:

> *"El objetivo de la reunión es verificar los pagos realizados al Dr. Leonardo Conti por la Unión Temporal en relación a la prestación de servicios prestados por actividades de Salud Ocupacional, así como verificar los distintos comunicados remitidos por el Dr. Conti a la Gerencia de Salud de Fiduprevisora en relación a lo adeudado a la fecha por la Unión Temporal (…).*
>
> *Como parte del ejercicio de revisión ejecutado por parte de Fiduprevisora se identificó que pese al pago completo de las Actividades de evento de salud Ocupacional en los meses mencionados y al levantamiento de glosas a dichas facturas, Médicos asociados no aplicó la respectiva novedad de levantamiento de glosa informado por la Unión Temporal (…).*
>
> *Estos valores están sujetos a verificación por parte de Medicos Asociados y la Unión Temporal Medicol Salud 2012 (…)"*

En punto al tema, aun cuando el contrato de prestación de servicios no implique para su perfeccionamiento una formalidad *ad substantiam actus*, en tanto que basta para ello la aceptación expresa del encargo encomendado o la simple aceptación tácita, es decir, la ejecución del acto confiado, si se requiere además que aparezcan demostrados los elementos naturales del contrato, entre otros, su objeto y el cumplimiento cabal de las gestiones que cuales se comprometió a desarrollar, presupuesto último que en el asunto no se encuentra probado.

Lo anterior, si se tiene cuenta que, aunque es cierto que se allegó al cartapacio el contrato de prestación de servicios y sus otros sí suscritos entre las partes, en los que se ve reflejado el objeto para el que fue contratado el gestor de la litis, que no es otro que "*(…) a presar sus servicios médicos profesionales especializados en salud ocupacional, según los procedimiento y actividades descritas en la ficha técnica anexa, la cual hace parte constitutiva del presente contrato*", empero, no allegó ningún medio de persuasión atinente a demostrar que en efecto el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad, probando para tal efecto que de forma activa realizó las actividades encomendadas por la encartada, para así legitimar el cobro de los honorarios profesionales que aquí reclama.

En efecto, en nada demuestra la correspondiente acta de la cual se duele el aquí actor como no valorada en por el A quo, en la medida en que, si bien se indica que las facturas no fueron canceladas al actor, en tanto que no se aplicó la novedad de levantamiento de glosas, también lo es que su pago quedó circunscrito a la verificación de Médicos Asociados de los presupuestos para su procedencia, como lo son el cruce de cuentas de celular, reposición de equipos, cruce de cuentas por gastos administrativos y verificación de la glosa y del descuento del 15%. De hecho, allí no se

identifica el cumplimiento de la gestión encomendada, más que la anotación de las facturas, las cuales pueden estar ceñidas a otra actividad comercial.

Además, tampoco se puede inferir de los demás elementos probatorios allegados al proceso, esto es, de las citadas facturas cambiarias, en tanto que en aquellas no se expone con claridad la verdadera gestión emprendida por el aquí demandante, para eventualmente concluir que sus servicios profesionales médicos se hubieran realizado en favor de la encartada y como resultado de una obligación dado al acuerdo de voluntades, por manera que comparte la Sala las razones indicadas por el juez primigenio, para negar el pago de honorarios profesionales, con soporte en los títulos valores.

Nótese que la discusión se disipa porque la gran mayoría de ellas vienen ilegibles, además, contrario a lo dicho por la censura, no se establece de manera somera en el acápite de "descripción" siquiera el cumplimiento de las actividades que ejerció como médico ocupacional, por lo que es notorio para la Sala, que con ellas se pretende que esta especialidad laboral invada órbitas de otras jurisdicciones, con la finalidad de hacer efectivo la obligación que presuntamente se impuso en el título valor, con la verificación del cumplimiento de los requisitos que debe tener en los términos del artículo 774 del Código de Comercio, situación que, es bien sabido, no es de conocimiento de esta jurisdicción, en tanto que radica exclusivamente de la jurisdicción civil.

Por todo lo anterior, se concluye que los medios de persuasión reseñados en precedencia no permiten colegir con claridad si el actor cumplió a cabalidad con el objeto del contrato de prestación de servicios que pretende la parte actora, en tanto que tampoco se establece la gestión que realizó el actor dentro de este asunto, haciendo notar que, si bien los títulos valores no fueron desconocidos ni tachados de falsos por la parte demandada, ello no conlleva a que esta Sala deba tener probadas, por su sola existencia, las gestiones que realizó el promotor de la litis en cumplimiento del nexo contractual celebrado entre las partes, máxime cuando nada se refiere sobre tal aspecto.

Además, tampoco serviría para tal virtud, la consecuencia de tener por no contestada la demanda, en tanto que sus efectos generan únicamente indicio grave en contra de la enjuiciada, más no confesión ficta, como en últimas pretende la censura, de manera que resulta improcedente pedir que se estimen sus pedimentos tan solo con dicha figura, cuando es claro que el actor omitió su carga de presentar las pruebas necesarias para soportar sus pretensiones y en esa medida, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en entre otras, en sentencia SL 4115-2019, resulta " *(...) insuficiente contar con el indicio grave que se dispuso en contra de la pasiva, dada la falta de respuesta a la demanda, según las directrices del artículo 31 del CPTSS, en tanto, para obtener una decisión favorable a los intereses de la censura, se repite con riesgo de fatigar, era necesaria la demostración de los supuestos sobre los cuales descansó el pedimento.*"

En esa medida, como el actor no cumplió con la carga probatoria que le incumbe para así legitimar el cobro de honorarios profesionales, esta Sala no puede imponer la condena perseguida, tal y como con acierto lo coligió el Juzgado de primer grado en la providencia apelada, imponiéndose, entonces, su confirmación.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor de la pasiva, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de julio del 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de Médicos Asociados SA y a cargo del demandante.

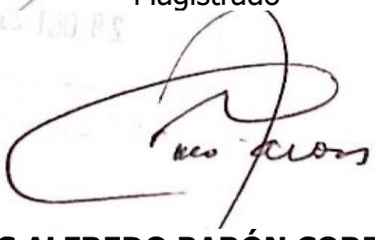
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

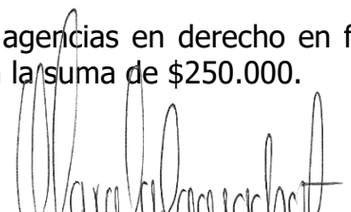


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Médicos Asociados SA y a cargo del demandante en la suma de $250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EMILCE BLANCO
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARRILADO DE BOGOTÁ – EAAB y AGUAS BOGOTÁ S.A. ESP.
RADICACIÓN: 10-2018-00508-01
TEMA: APELACIÓN ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EMILCE BLANCO, instauró demanda ordinaria contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, con el propósito de que se declare que la relación laboral terminó sin justa causa el 18 de diciembre de 2012, y como consecuencia se ordene el reintegro con el pago de salarios y prestaciones desde el 18 de diciembre de 2012 hasta que se haga efectivo el reintegro, sumas que deberán ser debidamente indexadas, así como las costas procesales; de manera subsidiaria solicita que se pague la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del CST, y la indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato de trabajo a término fijo con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP desde el 19 de diciembre de 2012; que el 14 de diciembre de 2015 suscribió un otro sí, modificando el objeto del contrato, pasando de contrato a término fijo a un contrato de obra o labor contratada, cuya vigencia está supeditada a la existencia del contrato interadministrativo No 1-01-10200-0809-2012 y en cualquier otro proyecto que realice la empresa; que durante la vigencia de la relación laboral se realizó examen de salud ocupacional determinado que tiene "Escoliosis dorsolumbar de convexidad derecha y secuelas de traumatismo superficial de la cabeza" derivados de un accidente de tránsito del 06 de febrero de 2017; que hizo entrega al empleador de los distintos documentos donde se señala los resultados médicos; que entre los años 2015 a 2017 la administración distrital inició un nuevo sistema de aseo para Bogotá que derivó en la apertura del proceso licitatorio No 002-2017, pero la EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP no pudo participar por la negativa de las compañías de seguros en expedir la póliza; que la licitación fue adjudicada a 5 operadores privados como Proambiental Distrito S.A. ESP, Lime S.A. ESP, Ciudad Limpia Bogotá S.A. ESP, Promosea Sociedad

Futura Ciudad Limpia, y Área Limpia S.A. ESP; que el 17 de febrero de 2018 se realizó solicitud de declaratoria de unidad de empresa ante la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá- EAAB en su calidad de matriz o principal y la EMPRESA DE AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP en calidad de filial subordinada; que el nuevo sistema de aseo entró a regir a partir del 12 de febrero de 2018, el cual ante la falta de participación de Aguas de Bogotá S.A. ESP, procedió a dar por terminado los contratos de trabajo por obra o labor contratada con 3.200 trabajadores en razón a la terminación del convenio interadministrativo No 1.710200-809-2012, a partir del 11 de febrero de 2018; que instauró acción de tutela el 20 de febrero de 2018 con el objeto de proteger su estabilidad laboral reforzada; que el 27 de febrero de 2018 el Jugado Octavo de Pequeñas Causas negó la acción de tutela por improcedente, razón por la cual propuso impugnación, pero fue confirmada por el Juez de segunda instancia. (fls. 77 a 86).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 96); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1 Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.B. ESP: Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la demandante nunca ha estado vinculada a tal entidad, por lo que es improcedente cualquier declaratoria de contrato de trabajo en su contra, además que de ninguna manera podría declararse la responsabilidad solidaria, ya que no existe fundamento legal ni jurisprudencial para ello. Asimismo, que la terminación del contrato fue por la finalización de la obra para la cual se le contrató; frente a la pretensión subsidiaria adujo que al haber terminado su contrato por finalización de la obra, se configura una causal objetiva y legal de terminación del contrato de trabajo. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante, y la genérica. (fls. 103 a 116). Mediante auto del 01 de octubre de 2019, se declaró terminado el proceso contra tal entidad por falta de agotamiento de la reclamación administrativa (Fol. 243 y 243).

3.2 Aguas de Bogotá S.A. ESP.: Presentó oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, con basamento en que el contrato laboral finalizó por causa legal consagrada en el literal d) del artículo 61 del CST, esto es, la expiración de la obra para la cual había sido contratada, ya que la misma estaba supeditada a la vigencia del convenio interadministrativo 809, y por lo tanto, no fue una decisión unilateral de la empresa, lo que hace inoperante tanto el reintegro como la indemnización pretendida. Esgrimió como excepciones de fondo las de improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado e innominada o genérica. (Fols. 162 a 175)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de una única relación laboral entre las partes la cual se encontró regida por un contrato de trabajo a término fijo y sus dos prórrogas entre el 12 de diciembre de 2012 al 17 de junio de 2013 y un contrato de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada entre el 18 de junio de 2013 y finalizó el 11 de febrero de 2018, terminando por causal objetiva establecida en el literal d) del artículo 61 del CST, por expiración de la obra o labor contratada, en consecuencia, declaró probadas las excepciones de inexistencia del reintegro laboral y cobro de lo no debido, absolviendo de todas y cada una de las

pretensiones a la entidad demandada, condenando a la demandante al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, lo primero que dejó sentado es que en la demanda no se discute lo relativo al vínculo laboral que unió a las partes, ya que desde la misma demanda se enuncia que inicialmente se pactó un contrato a término fijo, y luego con un *otro sí* se pasó a un contrato por obra o labor, condicionado o supeditado a la existencia del contrato interadministrativo No 88009-2012 celebrado entre Aguas de Bogotá S.A. ESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. En ese sentido, declaró la existencia de una única relación laboral regida inicialmente por un contrato a término fijo así: inicialmente 4 meses, del 18 de diciembre de 2012 hasta el 17 de abril de 2013 como operaria de barrido, contrato que tuvo una primera prórroga de un mes, desde el 17 de abril de 2013 al 17 de mayo de 2013, una segunda prórroga del 17 de mayo de 2013 al 18 de junio de 2013; y con posterioridad al 18 de junio de 2013 se suscribe el otro sí cambiando de modalidad, esto es, pasando a un contrato por obra o labor contratada, ejerciendo la misma función de operario de barrido, pero condicionada su existencia al convenio interadministrativo, tal como quedó consignado en la cláusula contractual, aspecto que reiteró no fue discutido por la parte demandante en las oportunidades procesales, aunado a que las partes de común acuerdo decidieron cambiar la modalidad contractual.

Acto seguido pasó a definir lo relacionado con la terminación del contrato de trabajo, que lo fue 11 de febrero de 2018, ante lo cual expresó que dicha terminación lo fue en razón a la finalización del contrato interadministrativo entre Aguas de Bogotá S.A. ESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hecho que por demás se extrae de la misma demanda, y además el contrato de trabajo celebrado entre las partes en contienda quedo supeditado a la existencia de tal contrato interadministrativo, por lo que, desde ese punto de vista se configura la causal legal de terminación del contrato por finalización de la obra o labor contratada, máxime que se efectuó una nueva licitación en la que Aguas de Bogotá S.A. ESP no quedó como contratista, y por ello, a partir del 12 de febrero de 2018 ya existían otras empresas prestando el servicio de aseo.

Igualmente adujo que no tiene vocación de prosperidad el argumento de que se podía reubicar a la actora a otro proyecto, como el proyecto Canales, ya que tal proyecto tienen objeto diferente al del contrato interadministrativo con el cual se desarrolló el contrato de obra o labor. Asimismo que no se demostró que las personas que siguieron laborando hayan sido en virtud del contrato interadministrativo, ya que los que quedaron fueron para efectos de la liquidación del contrato.

En definitiva sobre este aspecto consideró que lo que operó fue una causal legal de terminación del contrato por finalización del contrato interadministrativo.

Sobre la estabilidad laboral reforzada consideró que para su configuración no se requiere calificación por parte de la Junta de Calificación, así como también que no se requiere acudir al Ministerio del Trabajo cuando se demuestra una causal objetiva de terminación del contrato, siempre y cuando se encuentre suficientemente demostrado.

En el caso concreto hizo una bosquejo de las diferentes documentales obrantes en el expediente, empezando por decir que Aguas de Bogotá S.A. desde que vinculó a la actora lo hizo bajo el supuesto de que era apta para el cargo, pero con restricciones; no obstante, para la fecha en que finalizó el contrato no se encontraba con incapacidad laboral, pues según el propio dicho de la demandante en el interrogatorio su última

incapacidad fue a finales del año 2017, sin que obre prueba al respecto. Igualmente, encontró que existieron algunas recomendaciones médicas, pero las mismas fueron temporales, es decir, por 6 meses, otras de 4 semanas, pero no fueron constantes, ni tampoco existen recomendaciones o restricciones laborales definitivas.

Manifestó que para la fecha de finalización del contrato no se encontraba en una condición de salud que le impidiera desarrollar las actividades laborales, por demás que en el interrogatorio manifestó que para el día en que finalizó su relación laboral se encontraba laborando normalmente. Que solo para el mes de abril de 2018, es decir, con posterioridad al contrato fue que la actora colocó en conocimiento de la empresa demandada su situación de salud.

En definitiva concluyó que no se demuestra que su situación de salud la ubicara en la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, y que la terminación del contrato no deviene de su situación médica, sino que lo fue por una causa objetiva al terminarse el contrato interadministrativo fundante del contrato de trabajo por obra o labor, y en ese orden, no hay lugar al reintegro deprecado.

Finalmente, frente a la pretensión subsidiaria de la indemnización por despido sin justa causa, manifestó que no tiene vocación de prosperidad, ya que la finalización del contrato fue por una causal objetiva y de carácter legal.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la actora formuló recurso de apelación manifestando que se probó la situación de vulnerabilidad de la demandante, así como también que la demandante podía ser reubicada en otro sitio de trabajo bajo algún otro contrato vigente de la empresa; que el contrato interadministrativo no fue el contrato que dio origen al vínculo laboral; que para la fecha de terminación del contrato contaba con recomendaciones vigentes que impedían la ejecución de sus laborales; que con posterioridad a la finalización del contrato continuó con afectaciones en su salud, y además no ha podido conseguir trabajo; que si bien fueron despidos númerosos, ello no excluye que la entidad debía respetar los derechos de la actora; que al no darse el reintegro, por lo menos para proteger los derechos de la actora se hubiera otorgado la indemnización; que Aguas de Bogotá requiere trabajadores para otras operaciones; que en vigencia de la relación laboral la actora ya había ejercido como semillero ambiental, ejerciendo actividades de concientización ambiental en los diferentes proyectos de Aguas de Bogotá; que Aguas de Bogotá si tiene como garantizar los derechos de la demandante; que el cambio del contrato por parte de Aguas de Bogotá se efectuó para sustraerse de sus obligaciones, además que la libertad contractual esta coartada, ya que el empleador es quien ejerce el poder subordinante.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la entidad demandada presentó alegatos de conclusión argumentando que la parte demandante no logra demostrar sus pretensiones ni el problema jurídico planteado; que el contrato laboral feneció por causa legal por terminación de la obra o labor contratada, al finalizar el contrato interadministrativo No 1-07-10200-0809-2012 de 2012; asimismo que no logra acreditar que estuviere en un grado de discapacidad o limitación laboral para que opere la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En definitiva solicita la confirmación de la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al no auscultar la relación laboral que unió a las partes?

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

- ✓ En caso positivo, ¿La terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva, es decir, producto de la culminación del vínculo contractual entre la entidad demandada y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP y, no como consecuencia de sus patologías?

Relación laboral, su modalidad, y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de operario de barrido desempeñada por la accionante; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por las partes, y que además se corroboran con la documental de folios 176 a 182.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes a partir del 18 de junio de 2013 y las circunstancias que rodearon su terminación, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del *ejusdem*; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibidem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para el que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal (SL 2600-2018-SL3282-2019).

En lo tocante al cambio de modalidad contractual, conviene rememorar lo dicho en sentencia del 29 de septiembre de 2003, radicación 20556, al referirse al artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, asienta que:

> *"El aludido precepto simplemente determina cuáles son los elementos esenciales de un contrato de trabajo, de manera que cuando ellos se exhiban en una relación*

contractual, habrá un contrato de esa naturaleza, independientemente de la denominación que a dicha relación le hayan dado los contratantes. ***Pero ello no significa que las partes no puedan finalizar uno y comenzar otro, ya que esta situación es perfectamente lícita****…".*

En el mismo estanco en sentencia del 02 de septiembre de 1977, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estableció que:

> *"No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica"*

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folios 176 a 181 del expediente, obra un contrato de trabajo, con las siguientes particularidades:

1. Un contrato de trabajo a **término fijo** inferior a un año suscrito por las partes, con fecha de inicio el 18 de diciembre del 2013. En cuanto a su término, en la cláusula séptima se estipuló: "*SEXTA. – PLAZO DE VIGENCIA Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO. El plazo de vigencia y ejecución del contrato será de cuatro meses*"

2. Mediante documento firmado el 12 de abril del 2013, las partes decidieron "*Prorrogar…por el término de un (1) mes contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del contrato inicial"* (folio 178)

3. Posteriormente el 10 de mayo del mismo año, las partes decidieron nuevamente "*Prorrogar …por el término de un (1) mese contado a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del contrato inicial."* (folio 179)

4. Finalmente, las partes en litigio suscribieron contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada el 18 de junio del 2018, mediante el cual se acordó:

   *"**SEGUNDA.** El término de duración del contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP. Conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato.*
   (…)
   ***NOVENO:** Las partes declaran que no reconocerán validez a estipulaciones anteriores a la fecha del presente contrato".*

De los medios de prueba reseñados en precedencia, se colige que la relación laboral estuvo gobernada en un primer momento por un contrato a término fijo, modalidad que posteriormente las partes decidieron cambiar al de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, dejando constancia de ello y asegurando que las estipulaciones anteriores perderán su validez.

Sin embargo, de cara a la estipulación segunda del Otrosí al contrato de trabajo a término fijo mediante el cual se pretende cambiar la modalidad a "*DURACIÓN DE OBRA O POR LA NATURALEZA DE LA LABOR CONTRATADA"*, es evidente que no se estableció por las partes al momento de su suscripción, específicamente la labor que se requería y **su**

duración o límite temporal, en tanto que, solo se dejó sentado que la labor consistiría en atender el "*CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012*", pero no su vigencia, ni la naturaleza de la actividad, tampoco que estaba atada a una situación en particular, no siendo suficiente que se hiciera alusión a un contrato interadministrativo, sin especificar dichas circunstancias, concluyéndose así, que la ejecución de la actividad personal de la demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte del empleador, en consecuencia, al no estar debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el cambio de la modalidad que sufrió el contrato de trabajo a término fijo primigenio por el de la obra o labor contratada, del cual se soporta la empresa demandada nació a la vida jurídica.

Bajo dicho hilo conductor es evidente el dislate incurrió el juez de primer grado, pues es claro que el contrato de obra o labor exige cabalmente que el aspecto contratado quedé debidamente delimitado e identificado, además, tal condición resulta imperiosa para efectos de determinar la temporalidad, de tal suerte que no haga que dependa de la voluntad o el capricho del empleador o del mismo trabajador, sino por la esencia misma del servicio contratado.

Cabe aclarar que conforme la jurisprudencia atrás reseñada es perfectamente posible o lícito cambiar la modalidad contractual, pero para ello no solo se requiere la voluntad de las partes, como lo entendió la a quo al no entrar a estudiar el vínculo laboral que ató a las partes, sino que en virtud del carácter tuitivo del derecho laboral debía auscultar si tal cambio de modalidad contractual se correspondía con los preceptos normativos y jurisprudenciales, teniendo en el sub examine que se trasgreden tales preceptivas, pues inicialmente la actora fue vinculada bajo un contrato a término fijo inferior a un año en el cargo de Operaria de Barrido, y posteriormente, suscribieron el contrato por obra o labor contratada en la que la actividad o labor contratada fue para ser Operaria de recolección y/o barrido, en consecuencia, tal como lo dijo la Corte *"no hay diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato"*, asimismo, nótese que la asignación mensual se mantuvo igual en ambas vinculaciones.

En este estadio, vale la pena hacer relación a la libertad de elección de las partes de entre todas las modalidades contractuales y sus implicaciones en contrataciones sucesivas con o sin interrupción, tema respecto al cual nuestra la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL4850-2016 radicación No 48538, en la que se trajo a colación la sentencia de radicación No 35902 del 01 de diciembre de 2009, adoctrinó que: *"La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, (…)".*

En ese sentido, llama especialmente la atención de la Sala que la modificación contractual, de cambiar de un contrato a término fijo por uno a la modalidad de duración de la obra o labor contratada socava los derechos laborales de la trabajadora, ya que lo que hizo fue condicionar la prestación de sus servicios a la vigencia del contrato interadministrativo que suscribió el empleador con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP, para poder con posterioridad prescindir de los servicios de la trabajadora a su extinción, como realmente sucedió, sin tener en cuenta que previo a la suscripción del contrato de obra o labor, ya había sido contratada la actora bajo un contrato a término fijo para ejercer la misma función de Operaria de Barrido, sin condicionar el ejercicio de sus funciones o actividades a un determinado proyecto o contrato interadministrativo.

Considera la Sala que el cambio de modalidad contractual conlleva a concluir que la naturaleza de la labor en esta Litis quedó supeditada al empleador y por tanto, su duración; por lo que es claro que al no fijarse la temporalidad y límites del contrato, así como no ceñirse a los preceptos legales y jurisprudenciales para cambiar la naturaleza del contrato, forzoso resulta dar aplicación al artículo 45 del CST, esto es que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la vinculación laboral fue desarrollada bajo un contrato a término indefinido, de allí que sea factible declarar su ineficacia.

En consecuencia, es evidente el reproche que merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento apunta a que se incurrió en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales, por lo que se sigue mantener la existencia de la relación laboral que ató a las partes, bajo un contrato de trabajo a término fijo a partir del 18 de diciembre del 2012, el cual, fue modificado su duración el 18 de junio del 2013, pero no por obra o labor contratada, sino, bajo la modalidad de indefinido. Ahora, en lo concerniente al extremo final, corresponderá al 11 de febrero del 2018, no solo porque así se desprende de la carta de terminación que obra a folio 182, sino por cuanto no fue un hecho controvertido por las partes en el escrito de demanda y su contestación.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Aguas de Bogotá SA ESP actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que igual a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 11 de febrero del 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz*.*

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto no existe duda que para el día 11 de febrero del 2018, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a sus patologías diagnosticadas "Espondilolistesis y lumbago no especificado", además nótese que la sociedad demandada desde los albores de la relación laboral tenía conocimiento del estado de salud de la actora, ya que del certificado médico de aptitud laboral de folio 46 se extrae que estaba apta para el cargo de Operaria de Barrido con restricción médica, a pesar de que no se enuncia cual es la restricción medida.

Ahora, observa la Sala que duramente la vigencia de la relación laboral se presentaron recomendaciones médicas ante el empleador, como la que descansa a folio 39 y 40 de fecha 27 de marzo de 2017, en la que Aguas de Bogotá S.A. ESP realiza "asignación de actividades de trabajo de acuerdo a recomendaciones médicas", entre las que se encuentra "*puede manipular pesos menores de 7.5 kilos para levantamiento, empuje o arrastre, puede subir o bajar escaleras con moderación, permitir labores alternadas de pie y sentado en la jornada laboral cada dos horas o en su defecto permitir pausas activas de 5 minutos por cada dos horas de trabajo en la jornada laboral para el*

estiramiento y reposo muscular, las recomendaciones emitidas en este documento tienen una vigencia de 8 semanas a partir del reintegro, continuar controles por EPS para ***patología degenerativa lumbar****"*(Negrilla fuera del texto).

Igualmente, a folios 48 obran otras recomendaciones expedidas por VIRREY SOLIS EPS, radicadas al empleador el 03 de octubre de 2017, donde se especifica algunas indicaciones para la columna, y recomendaciones "para el puesto de trabajo con diagnóstico de radiculopatia lumbosacra en espera de valoración por ortopedia y realización de RM de columna lumbosacra".

Así mismo a folio 51, obran unas recomendaciones generales diarias por "diagnóstico de lumbago mecánico crónico en manejo con clínica del dolor, en espera de valoración por neurocirugía", y a pesar de que no cuenta con recibido del empleador, acota la Sala que el dador del laborío si tenía conocimiento del estado de salud de la actora, pues no de otra manera se explica que días previos a la terminación de la relación laboral Aguas de Bogotá el 26 de enero de 2018, le indique a la actora que *"debe dirigirse al centro de atención de la ARL AXA COLPATRIA donde usted recibe atención, para la entrega de sus recomendaciones médicas ocupacionales a las cuales usted se refiere, ya que son ellos los que deben impartir esta documentación"*, lo que connota que en efecto la actora dio a conocer de su estado de salud al empleador; diferente es que la hayan remitido a la ARL para continuar el trámite respectivo, entidad que conforme a folio 42 expide unas recomendaciones médicas de fecha 31 de enero de 2018 vigentes hasta el 01 de marzo de 2018, producto de un examen periódico, cuyas previsiones son: *"puede manipular pesos menores a 5 kilos bimanuales para levantamiento, empuje o arrastre, puede realizar alternancia de tareas cada dos horas que requieran de alta repetición o aplicación de fuerza, realizar estiramientos y pausas activas para miembros superiores cada hora, por 5 minutos".*

Así mismo, no puede pasar por alto la Sala que durante la vigencia de la relación laboral la actora tuvo un accidente de trabajo el 06 de febrero de 2017, el cual aconteció cuando *"la trabajadora se dispuso a cruzar la carrera 60 a la altura de la calle 53 para continuar con el barrido del costado oriental de la misma. Al estar cruzando es impactada por el vehículo de placas RHZ 057 que aparentemente cruzo omitiendo pare del semáforo, ocasionándole golpes de pierna izquierda y cabeza. Fue trasladada por ambulancia" (Fols. 52),* incidente que le llevó a una serie de incapacidades como obra a folios 54 a 56 en el mes de febrero de 2017; no obstante, adicional al diagnóstico principal de Espondilolistesis o la patología degenerativa lumbar, tal accidente influyó en la serie de recomendaciones médicas con las que cuenta en el año 2017, incluso la última vigente hasta el 01 de marzo de 2018, pues allí se expresa: *"trabajador que como consecuencia del accidente laboral, ocurrido el 06/02/2017, deberá realizar su labor teniendo en cuenta: (…)".*

Al respecto, la entidad demandada allega un documento de folio 194, en el que AXA COLPATRIA el 11 de mayo de 2018, objeta el reporte del accidente de trabajo, y con el cual la demandada aduce que las patologías son de origen común y no laboral, pero al margen de la determinación del origen, considera la Sala que tal documento constata que en efecto la actora presentaba unos diagnósticos médicos en proceso de determinación del origen, y que no se tuvieron en cuenta por el empleador, ni se ponderaron previo a prescindir de sus servicios, patologías que se detallan como "DISCOPATIA CRÓNICA MUTINIVEL CERVICAL Y LUMBAR, CEFALEA CRÓNICA MULTIFACTORIAL", lo que conduce a la Sala a determinar, contrario a lo esgrimido por la a quo, que para el 11 de febrero de 2018 se encontraba con recomendaciones

médicas vigentes, previamente conocidas por el empleador y en proceso de determinación del origen de las patologías.

Si bien la actora manifestó en el interrogatorio que el día en que fue terminado el contrato se encontraba en sus actividades normales, ello no quiere decir que no se configure la estabilidad ocupacional reforzada, ya que no necesariamente se requiere que este en incapacidad médica, pues de su historial médico se extrae que tiene un diagnóstico de carácter degenerativo, como lo expresa el mismo empleador al seguir las recomendaciones médicas, lo que de suyo la coloca en la protección constitucional, sumado a las secuelas o consecuencias del accidente de trabajo, y otras patologías relacionadas como se constata a folio 36 "osteocondrosis de la columna vertebral del adulto", y "trastornos de los discos intervertebrales, no especificado", aspectos que se itera no se tuvieron en cuenta por Aguas de Bogotá.

En lo que respecta a la acción de tutela interpuesta por la actora y que milita a folios 20 a 28, ha de decirse que allí no se analiza o estudia la situación particular de la actora en lo relativo al cambio de modalidad contractual, ni tampoco en lo relacionado con su estado de salud, ya que solo dan por acreditado que al haberse extinguido el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, se configura una causal objetiva, sin detenerse a revisar la situación de cada tutelante, ya que la misma fue acumulada con otras tutelas de trabajadores a quienes les fue terminada la relación laboral por parte de Aguas Bogotá.

Ahora, frente a la autorización del Ministerio del Trabajo, cumple precisar lo propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción en la sentencia SL 1360 de 2018, reiterada en la SL017 de 2020, cuando razona: "*c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio",* tesitura que se presenta en el sub examine, en razón a que como se dejó ya sentado, el empleador tenía conocimiento del estado de salud de la actora, sabía de las recomendaciones médicas emitidas por AXA COLPATRIA, y las mismas se encontraban vigentes al momento de la ruptura contractual.

Así las cosas, la Sala aprecia que la consecuencia de la terminación del contrato de trabajo a quien está amparado por el fuero de salud, no es otra que la ineficacia de la terminación del vínculo contractual, tal y como lo enseña la H. Corte Constitucional en sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, con el respectivo pago de salarios y demás acreencias laborales insolutas, a lo cual hay que sumarle el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, conforme lo ha reconocido el precedente constitucional y la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360-2018.

No obstante, en gracia de discusión si asumiéramos que la modificación contractual tiene asidero y nos encontramos frente a un contrato de obra o labor, acota la Sala que, para el caso de los contratos a término fijo o por duración de la obra o labor contratada, ha precisado la H. Corte Constitucional que la desvinculación laboral del trabajador en circunstancias de debilidad conlleva: *"(..) (ii) ordenar el reintegro a un cargo que ofrezca condiciones similares a las del empleo desempeñado por el trabajador hasta su desvinculación, o la renovación del contrato para que desarrolle un objeto contractual que ofrezca condiciones similares al del ejecutado anteriormente y que esté acorde con su actual estado de salud, siempre y cuando la empresa siga desarrollando contratos en los que requiera la labor ejecutada por el accionante, y (iii)*

el pago de la indemnización equivalente a los 180 días de salario" (T-188 de 2017 y T-284 de 2019).

En este ítem resulta oportuno traer a colación la sentencia SL2586-2020, en la que la Corte al analizar la objetividad como condición de despido o terminación del contrato de trabajo en personas en condición de estabilidad ocupacional reforzada, apunta que:

> *"De acuerdo con lo precedente, el empleador está exento de acudir a la oficina del trabajo cuando la terminación del contrato de trabajo obedece a una justa causa o a una causa objetiva. Por el contrario, será necesaria la intervención de dicha autoridad cuando el despido esté fundado en la incompatibilidad de la discapacidad del trabajador para el desarrollo de un rol ocupacional en la empresa.* ***O, dicho de otro modo: cuando el motivo del despido sea la discapacidad, pero no por capricho o discriminación sino porque no existe en la empresa un empleo acorde y compatible con la diversidad funcional del trabajador****. (Negrilla fuera del texto).*

La misma providencia deja claro que le compete al empleador demostrar de manera suficiente y creíble que *"en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora*"

En el caso concreto tenemos que la defensa de la entidad demandada alude a la extinción del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012; no obstante, considera la Sala que aquella circunstancia no resulta ser razón suficiente para prescindir de los servicios de la actora, en primer lugar, por cuanto la modificación contractual no se efectuó conforme los lineamientos legales y jurisprudenciales, al evidenciarse que su objeto y causa era el mismo que cuando inició el vínculo laboral con la entidad demandada, es decir, para ejercer el cargo de Operaria de Barrido, con independencia del proyecto o contrato que tuviere la entidad; en segundo lugar, porque del objeto social de la entidad se desprende que se dedica a la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo y saneamiento básico (Fol. 148), es decir, que la labor desempeñada por la actora no se extingue o se agotó con la finalización del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012; y en tercer lugar, porque la misma representante legal de la sociedad demandada al rendir el cuestionario escrito propuesto por la actora (fol. 5 a 7 archivo No 15 Cd folio 243), mencionó que siguiendo las recomendaciones médicas fue reubicada al cargo de "semillero ambiental" realizando labores de sensibilización y servicio a la comunidad frente a como disponer las basuras.

Lo anterior permite concluir que, el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo, ya que en la carta de terminación del contrato laboral pese a que se le comunicó a la trabajadora "*En razón a la terminación del* ***CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012*** *perteneciente al* ***Proyecto Aseo****, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D"* , es decir, amparada en la terminación por la realización de la obra o labor contratada, lo cierto es que en el presente asunto se determinó la ineficacia de dicho acuerdo que modificó la duración del contrato de trabajo primigenio; evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que además el contrato de trabajo se terminó sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Emilce Blanco, con la consecuente ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

En esa medida, se sigue al igual condenar a la demandada al pago de los salarios integral, vacaciones y aportes pensionales dejados de percibir desde su desvinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado, en lo que a esto respecta.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir 11 de febrero del 2018 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 16 de agosto del 2018, conforme da cuenta acta de reparto vista a folio 87, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habérsele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

> *"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos*

casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, lo procedente sería ordenar el pago en concreto de esta obligación, de no ser porque en el legajo no se encuentra acreditado cual era la asignación mensual que percibía para el año 2018, y en ese orden, se ordenará a la entidad demandada que proceda a pagar a la demandante a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de 180 días de remuneración salarial.

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el de la exigibilidad de cada derecho y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 13 de noviembre del 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la existencia de una única relación laboral entre las partes la cual se encontró regida por un contrato de trabajo a término fijo y sus dos prórrogas entre el 12 de diciembre de 2012 al 17 de junio de 2013 y un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 18 de junio de 2013, conforme las consideraciones atrás vertidas".*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de noviembre del 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probadas las excepciones de inexistencia del reintegro laboral y cobro de lo no debido, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP** al reintegro de la señora **EMILCE BLANCO**, sin solución de continuidad, a un

cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, vacaciones y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, dejadas de percibir entre el 11 de febrero del 2018 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

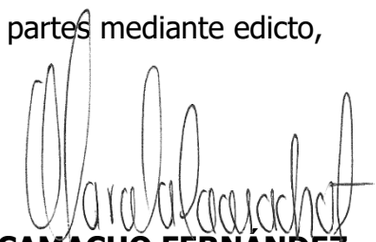
CUARTO: **CONDENAR** a **AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP** a pagar a **EMILCE BLANCO** la suma de **180 días de salario** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente **indexada**.

QUINTO: **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por sustracción de materia, ya que están enfiladas a la improsperidad de las pretensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **EMILCE BLANCO**.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

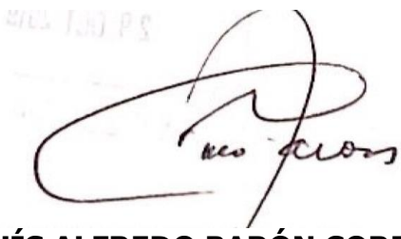
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

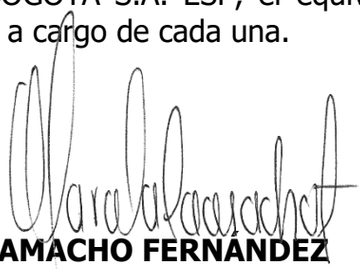


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de $ 1.817.052, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARTHA ELENA CAICEDO PEREIRA***
DEMANDADO:	***CITIBANK COLOMBIA S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-003-2018-00217-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***BONIFICACIÓN – DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARTHA ELENA CAICEDO PEREIRA instauró demanda ordinaria contra CITIBANK COLOMBIA S.A., con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral regida bajo un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de enero de 2006 hasta el 18 de enero de 2017, el cual finalizó sin justa causa imputable al empleador; que se declare que su salario devengado estaba compuesto por una asignación mensual y un salario variable por comisiones constitutivas de salario, en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, incluyendo como factor salarial las comisiones, así como también que se reliquiden los aportes pensionales, incluyendo en el IBC las comisiones; que se condene a la indemnización por no pago completo de los intereses a las cesantías, la indemnización por no pago completo de las cesantías a un fondo; la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del CST, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, la indexación y las costas procesales; de manera subsidiaria peticiona que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, sin tener en cuenta las comisiones como salario, lo ultra y extra petita, la indexación y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 12 de enero de 2006, vigente hasta el 18 de enero de 2017, desempeñándose como Ejecutivo de Ventas; que el salario básico pactado era de $ 700.000, más un salario variable por cumplimiento de ventas con forme el programa VCP, montos que tenían incidencia salarial por retribuir el servicio prestado como asesora comercial; que mediante otro sí del 30 de enero de 2013 el empleador modificó los parámetros de causación de las comisiones, no obstante la demandante cumplió con las metas fijadas durante todo el año 2013; que a finales del año 2013 mediante otro sí se modificó los parámetros de causación de las metas, pero, durante el año 2014 también cumplió las metas causando

las respectivas comisiones; que en enero de 2015 nuevamente mediante otro sí se modifica el umbral de metas, aumentando de manera desmedida e incrementando en un 53 % respecto de las metas del año anterior; que pese al cambio logró cumplir la meta comercial; que el 29 de septiembre de 2015 el empleador alteró los parámetros de causación de las comisiones, señalando que CITIBANK S.A. podría modificar, sustituir o suprimir parcialmente el número de puntos requeridos para causar las comisiones.

Señaló que los márgenes de cumplimiento de ventas fueron aumentando desmedidamente, y el 31 de marzo de 2016 le fue entregada copia de un anexo al contrato de trabajo, donde se señala que la meta mínima de cumplimiento del mes de abril de 2016 sería de 6.000 puntos; que los cambios desmedidos hicieron que no pudiera continuar cumpliendo las metas de ventas, por lo que de repente el 18 de enero de 2017 fue citada a descargos alegando incumplimiento de las metas comerciales para el periodo marzo a noviembre de 2016; que fue citada a descargos sin allegarle los cuadros comparativos en los cuales se observe el presunto incumplimiento; que la diligencia de descargos se llevó a cabo ese mismo día, por lo que no contó con tiempo para analizar los descargos, ni mucho menos solicitar la presencia de un compañero de trabajo, vulnerándose así el debido proceso; que la diligencia de descargos la realizó el gerente y subgerente de ventas, quienes le interrogaron pero no le pusieron de presente los cuadros comparativos; que una vez terminada la diligencia de descargos, el mismo 18 de enero de 2017 le dieron por terminado el contrato de trabajo alegando justa causa; que en la referida terminación del contrato de trabajo no se señala las acciones u omisiones en que haya incurrido la demandante acorde con las disposiciones legales allí contenidas; que CITIBANK COLOMBIA S.A. alegó como justa causa el deficiente rendimiento por incumplimiento de metas de ventas, omitiendo dar cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto 1072 de 2015; que la sociedad demandada no tuvo en cuenta que la actora por más de 11 años nunca tuvo llamados de atención, ni fue citada a procesos disciplinarios; que no se le puso en conocimiento el proceso disciplinario en su contra, privándole de la doble instancia; que a la finalización de la relación laboral se efectuó la liquidación final de prestaciones y vacaciones con el último salario básico devengado de $ 1.103.495, sin tener en cuenta las comisiones por venta como factor salarial. (fls. 2 a 19).

2. Contestación de CITIBANK COLOMBIA S.A. Al contestar se opuso a las pretensiones, precisando que entre las partes se suscribió inicialmente un contrato de trabajo a término fijo desde el 12 de enero de 2006, el cual pasó a ser indefinido con ocasión de otro sí desde el 18 de julio de 2008; que frente a las comisiones por ventas, no es procedente la reliquidación de prestaciones, en la medida en que la misma se hizo con el salario efectivamente causado; que el contrato de trabajo terminó con justa causa imputable a la demandante ante el incumplimiento de metas y presupuestos de ventas que constan en el programa VCP, además que tal incumplimiento se pactó como falta grave. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por incumplimiento de metas, buena fe, mala fe de la demandante, prescripción, pago, compensación, improcedencia del pago de indemnización por despido injusto, y la genérica (Fols. 132 a 184).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de marzo del 2021, en el que el fallador de instancia declaró que entre la señora Martha Elena Caicedo Pereira y Scotiabank Colpatria S.A. existió un contrato de trabajo a término

indefinido desde el 12 de enero de 2006 hasta el 18 de enero de 2017; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y totalmente la excepción denominada inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, absolviéndola de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; gravó en costas a cargo de la demandante.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral de la actora con Scotiabank Colpatria S.A. entre el 12 de enero de 2006 hasta el 18 de enero de 2017, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, y que si bien, inicialmente se pactó bajo la modalidad de término fijo, de conformidad con la documental de folio 190 las partes de común acuerdo modificaron la modalidad del contrato a término indefinido, además que la misma parte demandada al expedir la certificación laboral que reposa a folio 75 constata la existencia del vínculo laboral a término indefinido desde el 12 de enero de 2006 hasta el 18 de enero de 2017, razón por la que, para todos los efectos se entenderá que la relación que unió a las partes fue mediante un contrato a término indefinido.

Frente a la remuneración mensual percibida, conformada por un salario básico y comisiones, consideró que la misma entidad demandada no se opuso a tal declaración, además de que así se desprende de la documental de folio 30 contentiva del contrato de trabajo, razón por la que, previo a revisar si las prestaciones fueron bien liquidadas, se adentró en el tema de la prescripción, aduciendo que al no existir reclamación del derecho previo a la interposición de la demanda, se tendrá la presentación de la misma como interrupción de la prescripción, esto es, 03 de abril de 2018, y como quiera que el auto admisorio fue notificado el 30 de abril del 2018, es decir, dentro del año de que trata el artículo 90 del CGP, hay lugar a prohijar la prescripción de las acreencias reclamadas con anterioridad al 4 de abril de 2015, a excepción de las vacaciones cuya prescripción opera con las causadas antes del 4 de abril de 2014, e igualmente con las cesantías, ya que tal derecho se hace exigible a la terminación del contrato de trabajo, siendo que al haberse interpuesto la demanda en tiempo, no prescribe tal obligación.

Que se allegó documental donde se evidencia la liquidación de las acreencias laborales, por lo menos de los años 2013 a 2017, donde se da cuenta que el empleador pagó cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones teniendo en cuenta el salario base establecido para cada año con el promedio de comisiones que se habían causado, pero liquidando con el promedio del último año previo al cálculo de cada una de las prestaciones a la fecha en que se causaron, debiendo serlo con los últimos 3 meses por ser salario variable; no obstante, una vez realizado las liquidaciones por el Despacho se encuentra que las sumas calculadas por la entidad demandada son superiores, por lo que no se encuentra razón alguna para condenar a la demandada por este concepto.

En relación con los aportes a pensión, los mismos se hicieron teniendo en cuenta los ingresos mensuales de la trabajadora, tanto el salario base como el variable por comisiones, aspecto que lleva a desestimar tal pretensión.

En lo relativo a la indemnización por despido sin justa causa manifestó que para el caso concreto no había necesidad de ceñirse a un procedimiento como si se tratara de una sanción disciplinaria, ya que del reglamento interno de trabajo y del contrato de trabajo no se desprende que las partes hayan acordado un procedimiento para finalizar el contrato de trabajo con justa causa, además que de antaño la Corte ha sido clara en sostener que la terminación del contrato no es una sanción disciplinaria, exigiéndose

en la actualidad en los eventos de despido con justa causa escuchar al trabajador en descargos.

En lo que respecta al incumplimiento de ventas dijo que en el contrato de trabajo se pactó como falta grave meritoria de la terminación del contrato, aunque sea por primera vez, aspecto que delimita el estudio del despacho, es decir, que no entrará a juzgar la gravedad de la conducta por haber sido pactada por las mismas partes, pero si analizará la configuración de la misma, último evento que halló acreditado, pues los porcentajes de ventas surgían de un programa de compensación variable VCP en la que se tenían en cuenta variables económicas, pudiendo aumentar o disminuir en ciertos años, tal como lo manifestó el señor Jhonatan Ricardo Moreno, quien era el encargado de definir las metas comerciales y los modelos de compensación, aunado a que la misma parte demandante en el interrogatorio manifestó que siempre le manifestaban las metas y les indicaban los cambios que se realizaban, por lo que, una vez revisada la diligencia de descargos del 18 de enero de 2017 se advierte que la demandante reconoció el incumplimiento de las metas propuestas en algunos meses, entre el mes de marzo a noviembre de 2016.

Concluyó que se encuentra ajustada la terminación del contrato de trabajo, no solo porque las mismas partes elevaron a falta grave el incumplimiento de las metas, sino también porque se aceptó tal incumplimiento, sin que resulte de recibo las afirmaciones de las testigos Constanza Sandoval Hernández y María Claudia Tarazona Castillo al manifestar que el incumplimiento de ventas ocurrió por la crisis económica del mercado de petróleo, ya que incluso como lo logró demostrar la entidad demandada en los diferentes otros sí para el mes de abril de 2016 se disminuyó la meta mínima en un 8.7%, razón por la que procedió a impartir absolución de tal pretensión.

En cuanto a la indemnización por falta de consignación de las cesantías a un fondo, manifestó que a folio 431 se allegaron los valores consignados por tal concepto, donde se advierte la consignación de tal emolumento año a año, y teniendo en cuenta el salario básico más las comisiones.

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, consideró que al no haberse condenado a la entidad demandada a la reliquidación, no prospera tal pretensión por sustracción de materia.

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante presentó disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos: el primero referido a la reliquidación de prestaciones sociales, donde solicita que se tenga en cuenta la documental de folio 76, en la que se certifica que percibió un promedio de comisiones en los últimos 3 meses de $668.455, valor que no se tuvo en cuenta al momento de liquidar las prestaciones, y por lo tanto el promedio para la liquidación de prestaciones sociales del año 2016 debió ser la suma de $3.038.666, y por lo tanto, al no haberse realizado la liquidación de las prestaciones de manera correcta, solicita la indemnización del artículo 65 del CST y la indemnización por no consignación completa de las cesantías para el fondo respectivo.

En segundo término, frente a la terminación del contrato de trabajo, manifestó que debe examinarse nuevamente la prueba testimonial, ya que no se determinó por el empleador que parámetros se tuvieron en cuenta para definir las metas, y al contrario con la prueba testimonial se deja en evidencia que en los años 2015-2016 la situación económica del país y las perdidas en el sector petrolero conllevaron a que el Banco no

le permitiera atraer clientes de otros sectores, y por lo tanto, se presentó la imposibilidad para cumplir las metas, mismas que fueron declaradas de manera unilateral; que para esos año también se hizo la venta del Banco Citibank, lo que creó un tema de especulación y miedo frente a posibles clientes, lo que hizo que también se incumplieran ciertos convenios; que de conformidad con las testigos, no solo fue la demandante la que incumplió las metas, sino que fueron alrededor de 15 personas que despidieron por el mismo hecho, además que al unísono manifestaron que el incremento de las metas fue desmedida; que las metas eran fijadas de manera unilateral por el empleador; que se presentó tacha del testigo traído por la parte demandada, pero el juez no hizo ninguna alusión; que las capacitaciones recibidas por la demandante eran respecto a temas de lavado de activos, sobre el trato de clientes, pero no sobre la captación de clientes; que se debe tener en cuenta los factores que dieron lugar al incumplimiento de las metas.

5. Alegatos de conclusión.: Estando dentro de la oportunidad procesal la parte demandada allegad alegatos de conclusión solicitando se confirme integralmente la decisión de primera instancia, ya que no se le adeuda suma alguna a la parte demandante, obrando de buena fe el empleador; que la demandante en los descargos afirmó que muchos de sus compañeros que se encontraban en la misma posición lograron cumplir con las metas comerciales, aunado a que tuvo capacitaciones y acompañamiento especifico del cargo; que quedó plenamente demostrado el incumplimiento de los objetivos comerciales fijados por el empleador, los cuales configuran la justa causa imputable a la trabajadora, meritoria para dar por terminado el contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Debe tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales el promedio de las comisiones percibidas en los últimos tres meses por valor de $ 668.455 que obra a folio 76?

(ii) En caso positivo, ¿Le asiste al demandante el derecho a la re-liquidación de las prestaciones sociales?

(iii) Así como también ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa, o por el contario, lo fue sin que mediara justa causa, y en este último caso, hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa?

Relación laboral, remuneración y extremos temporales

Las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada SCOTIABANK COLPATRIA en su contestación (Fols. 132 a 184), sino también se logran corroborar con el contrato de trabajo (folios 186 a 187y 7), la carta de terminación (folio 110 a 11), y la liquidación final del contrato (Fol. 112).

Liquidación de prestaciones salario variable.

Para resolver el primer problema jurídico es preciso señalar que el artículo 132 del CST consagra la libertad de los contratantes para acordar la modalidad de la remuneración, a saber: *"pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales".*

Ahora, en el sub examine las partes acordaron que la remuneración se compondría de un salario básico y un salario variable de conformidad con el programa VCP (Fols. 30). De la documental que milita a folios 31 a 74 y 441 a 477, se evidencia el pago de el "sueldo" y las "comisiones", últimas estas que al hacer parte del salario fueron tenidos en cuenta para la liquidación de las diferentes prestaciones, punto por demás que no es objeto de disenso en la alzada, siéndolo según la parte demandante el que no se tuvo en cuenta el promedio mensual de las comisiones de los últimos tres meses que aparece a folio 76 por valor de $ 668.455.

Una vez revisada la documental de folio 76, en efecto se registra que la actora obtuvo un promedio mensual de comisiones en los últimos 3 meses por valor de $ 668.455, valor que da como resultado la sumatoria de las comisiones percibidas en octubre ($826.894), noviembre ($874.936) y diciembre de 2016 ($ 303.534) (fol. 473 a 475), y que, considera la Sala si se tuvieron en cuenta para la liquidación de las prestaciones del año 2016, aunque no en la forma como lo pretende la activa, tal como pasa a explicarse.

Respecto a las cesantías establece el artículo 253 del CST que en los eventos de salario variable, esto es, el que ha tenido variación en los últimos 3 meses, se tomará el promedio de lo devengado en el último año de servicios, o en todo el tiempo servido su fuere menor de un año, siendo que en el sub lite, las cesantías del año 2016 correspondieron a $2.725.216, siendo este un valor superior al que encontró la Sala, ya que el promedio de lo devengado en el último año (enero a diciembre) arrojó como resultado $2.235.215,10, dentro del que se encuentran incluidas las comisiones de octubre, noviembre y diciembre, reportadas en la documental de folio 76.

Y el mismo ejercicio resulta si se procede a liquidar la prima extralegal de diciembre, pues da cuenta la Sala que se tuvieron en cuenta las comisiones causadas en el semestre que va desde julio a diciembre, generando un promedio por comisiones de $990.793, más el salario básico de $1.103.495, arrojando un total de base para la liquidación de $2.094.288, y por ende, una prima extralegal (un mes y medio -folio 76) de $3.141.432, valor que corresponde al reconocido en la nómina de diciembre de 2016 (Fol. 475), razón por la que no es procedente la petición.

Ahora, tampoco le asistiría razón a la actora al solicitar que se tenga en cuenta como base salarial del año 2016 la suma de $3.038.666, pues la recurrente ni siquiera explica cuál fue el ejercicio matemático que le permitió llegar a ese valor, máxime que, al revisar incluso el hecho 30 de la demanda, la misma parte demandante hace una relación de los salarios y comisiones devengadas en el año 2016, que arroja un promedio mensual de $ 2.515.793, valor que es inferior al que tuvo en cuenta la entidad demandada para efecto de liquidar las cesantías del año 2016, que lo fue de $2.725.216, por lo que resulta vano hacer más disquisiciones al respecto.

Del mismo modo, si lo que pretende la actora es que ese promedio de las comisiones de los últimos tres meses ($668.455) se tengan en cuenta para la liquidación final de prestaciones, también esta llamada al fracaso, ya que al fenecer la relación laboral el 18 de enero de 2017, la entidad solo estaba obligada a efectuar la liquidación de las prestaciones sociales causadas del 01 al 18 de enero de 2017, teniendo en cuenta lo devengado en ese lapso (salario y comisiones), y no adicionarle al salario, el promedio de los últimos 3 meses (octubre, noviembre y diciembre) como erradamente lo afirma el apelante, pues tales comisiones se tuvieron en cuenta para liquidar las prestaciones y demás acreencias causadas hasta diciembre de 2016.

Revisada la liquidación final del contrato, se tiene que en el mes de enero no se devengó ninguna comisión (Fol. 476), razón por la que el salario base para liquidar la prima legal y cesantías del período del 1 al 18 de enero de 2017 lo fue solo el salario básico mensual de $1.108.113,33, a excepción de las vacaciones, en la cual se tomó como base la suma de $ 2.230.287,92, ello en virtud del contenido del artículo 186 del CST que dispone que se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan, siendo que tal base resulta ser superior incluso si sumamos la asignación básica de enero de 2017 ($1.108.113,33) más el promedio de las comisiones ($668.455) a que alude la accionante debería tenerse en cuenta.

Conforme con lo anterior, de ninguna manera encuentra la Sala que la entidad empleadora haya omitido en la liquidación de las prestaciones del año 2016 el promedio de las comisiones de los últimos 3 meses (octubre-noviembre y diciembre), y tampoco podría llegar a sumarle tal promedio de comisiones a la base que se tuvo en cuenta para la liquidación final del contrato de trabajo (01 de enero al 18 de enero de 2017), pues tales comisiones no fueron causadas durante el año anterior a la causación.

Terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual entraña dos obligaciones para la parte que lo da por terminado: la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues le corresponde manifestar al empleador al momento de la terminación del vínculo la causal por la que procede al despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas oportunidades, que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Sobre las faltas graves, acota la Sala que la jurisprudencia ha delineado que la calificación de la gravedad de la falta "*corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan*

esas infracciones con dicho calificativo", y que cualquier incumplimiento*, "constituye causa justa para fenecer el contrato",* con la precisión de que no puede el juez*, "entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta"* (SL1077-2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave (…), no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, en el sub lite, desde el contrato de trabajo se calificó por las partes como falta grave que da lugar a la terminación del mismo, el incumplimiento de las metas o presupuesto de ventas del programa VCP, así:

> *"SEXTA: Son justas causas para poner término a este contrato (…) las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves:*
>
> *PARÁGRAFO PRIMERO: Por tratarse de la obligación principal del cargo de EJECUTIVO DE VENTAS CITI@WORK, las partes acuerdan que el incumplimiento de las metas o presupuestos de ventas que constan en el Programa VCP anexo, aunque sea por primera vez, constituye una FALTA GRAVE por violación a la obligación principal del contrato y es meritoria de terminación del contrato de trabajo"*

Igualmente, se allegaron los *otros sí* al contrato de trabajo desde el año 2007 hasta el año 2016 (Fols. 191 a 288), en la que se estipula el cumplimiento de metas, bien sea semestrales, anuales o mensuales, y se especifica tales metas en puntos, que en si corresponden a ventas realizadas por los asesores respecto de los productos del Banco, bajo conceptos de: *"numero mínimo de puntos requeridos, grilla de puntos, puntos del valor agregado, y liquidación y pago*", empero, como se dijo, giran en torno a la venta de productos por parte del asesor. Asimismo en tal documento se establece la meta mínima mensual en puntos, y la cláusula de que el incumplimiento a la misma constituye falta grave que da lugar a la terminación del contrato de trabajo.

En ese sentido, como quiera que para la entidad demandada la actora presentó incumplimiento en el número mínimo de puntos, es decir, no cumplió las metas fijadas para los meses de marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2016, procedió a citarla a descargos para el 18 de enero de 2017 (Fol. 289), diligencia que se llevó a cabo el mismo día (Fols. 290 a 293), y en la cual le pusieron de presente el número mínimo de metas (puntos), los puntos realizados y el porcentaje de cumplimiento, como a continuación se detalla:

	02/2016	03/2016	04/2016	05/2016	06/2016	07/2016	08/2016	09/2016	10/2016	11/2016
% de Cump	93%	63%	48%	46%	91%	56%	60%	60%	61%	51%
Meta	8.220	8.220	7.500	7.500	7.500	7.500	7.500	7.500	7.500	7.500
Puntos	7.623	5.183	3.610	3.413	6.801	4.233	4.503	4.511	4.577	3.792

Al respecto, le fue preguntado los motivos por los cuales incumplió las metas para los meses de marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2016,

ante lo cual respondió que *"ha sido generalizado los resultados, he tenido dificultades en estos meses por los diferentes cambios, como también la venta del Citi".* Igualmente le inquirieron para que manifieste la razón del por qué otros compañeros lograron el cumplimiento de las metas comerciales, al cual respondió que *"son asesores posicionados en buenas empresas, tienen apoyo en Deepening para asignación de nuevas empresas"*.

Seguidamente, el mismo día se le notifica de la terminación del contrato de trabajo (Fols. 294 a 295), esgrimiendo *"el grave y reiterado incumplimiento de las obligaciones contractuales asignadas a su cargo", "Usted de manera sucesiva y reiterada, estando en ejercicio de su cargo como Asesora Comercial Direct Sales, incumplió gravemente con las obligaciones propias de su cargo en lo referente al logro de los objetivos comerciales que se le habían asignado", "Usted registró niveles de cumplimiento muy por debajo de las metas requeridas durante los meses de marzo 26, abril 2016, mayo 2016, julio 2016, agosto 2016, septiembre 2016, octubre 2016, y noviembre 2016, incumpliendo de esta forma con las responsabilidades propias de su cargo"*, *"y cuando se observa el cumplimiento en estos meses del último año, solo alcanza el 63% cuando el mínimo de cumplimiento requerido es el 80%, hecho que Usted conoce".*

De lo expuesto, lo primero que viene a propósito colegir es que en efecto el incumplimiento de las metas fue catalogado como falta grave en el contrato de trabajo, y sus *otro sí*, documentos donde se fijan las metas o puntos mínimos que debían cumplir el trabajador en cada mes; no obstante, en la labor de administrar justicia, considera la Sala que no es procedente dar por sentado que al haberse definido como falta grave, solo le resta a la judicatura verificar si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, pues este último ejercicio, procedería siempre y cuando la cláusula contractual fuera legal o ajustada a derecho, la cual no lo es, conforme a las razones que pasan a exponerse.

De los múltiples *otro si* allegados al legajo se estipula que el empleador *"podrá modificar, sustituir o incluso suprimir parcialmente y en forma periódica las siguientes variables: NUMERO MINIMO DE PUNTOS REQUERIDO, GRILLA DE PUNTOS, CONDICIONES DE CAUSACIÓN DE PUNTOS (CCP), CONDICIONES DE CAUSACIÓN DE PUNTOS NEGATIVAS (CCPN) y BOLETIN OPERATIVO (…), para lo cual será suficiente una comunicación escrita o electrónica en tal sentido, por así convenirlo expresamente las partes",* esto es, que en últimas a pesar de que se estipule el otro sí al contrato de trabajo, debidamente firmado por las partes, no deja de ser una imposición unilateral por parte del empleador, lo que genera arbitrariedad en la imposición de cumplimiento de metas, quedando al arbitrio del empleador y de sus intereses, cuyo acatamiento resulta ser perentorio, y por el contrario, no se observa que sea consensuado o convenido entre las partes contratantes, y para ello baste con hacer alusión al testimonio de la señora Norma Constanza Sandoval Hernández, quien laboró para la entidad demandada y fue compañera de la actora, quien dijo que en el año 2016 les hicieron firmar alrededor de cuatro *otro sí* que estipulaban los puntos mínimos requeridos, y que para fijar los mismos se tenían en cuenta las condiciones económicas "de lo que quería el Banco", lo que connota aún más que quedaba al libre albedrío del dador del laborío la imposición de las metas cuyo incumplimiento era generador de la terminación del contrato de trabajo.

Ahora, ciertamente bajo el poder subordinante del empleador y su actividad económica se pueden estipular como faltas graves el incumplimiento de metas, pero siempre y cuando las mismas no dependan de factores externos o de terceros, como acontece en

el sub lite, en donde el cumplimiento del THRESHOLD o número mínimo de puntos está dado por la venta de productos del Banco que realice el trabajador a los consumidores financieros, clientes de los Bancos o empresas que tengan convenio con tal entidad, lo que en sí mismo es algo incierto en el mercado financiero, y por lo tanto, exigir el cumplimiento de una meta condicionada a la voluntad o aceptación de terceros resulta ser desproporcionada, y atentatoria de la constitución y la ley, lo que la convierte en ineficaz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del CST.

Debe precisar la Sala que si bien en el escrito inaugural no se solicita la ineficacia de aquella cláusula contractual, lo cierto es que cuando la misma es contraria a la constitución y la ley, su declaratoria es obligada, y así lo ha decantado la Corte en la sentencia SL375-2018, en los siguientes términos:

> *"sin ser necesario que textualmente en la demanda inicial se hubiera solicitado declarar la ineficacia, pues ésta, por ministerio legal, se produce como una consecuencia obligada ante la comprobación de la ilegalidad de una cláusula contractual".*

Igualmente, en nada cambia la anterior determinación el hecho de que la demandante haya recibido capacitaciones, ya que aquellas, tal como consta en la documental de Folios 257 a 269, está referida a los productos del Banco que debe vender el trabajador, pero ello no garantiza la colocación del consumidor financiero al Banco, lo que significa que a pesar de recibir las capacitaciones, es incierto el cumplimiento de la meta impuesta por el Banco, ya que pende necesariamente de la aceptación del cliente. Al respecto la testigo María Claudia Tarazona Castillo, manifestó lo difícil que resultaba cumplir las metas, cuando dijo: *"fue un año bastante duro donde nos empezaron a negar absolutamente todo lo que nosotros llevábamos, nos tocaba prácticamente buscar los clientes en la calle, que en varias oportunidades fuimos con mi compañera con Marta Caicedo específicamente hablando de ella a buscar los clientes en la calle digamos bajo la lluvia y el sol para poder comisionar y, sin embargo, no podíamos comisionar porque las metas eran demasiado altas".*

Así las cosas, como quiera que el otro sí al contrato de trabajo donde se estipula la falta grave, resulta arbitraria y en consecuencia es ineficaz, es por lo que la terminación del vínculo laboral se torna injusta y por ende, genera el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST, como a continuación pasa a explicarse.

Establece el artículo 64 del CST que: *"En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción".*

Para hallar el salario base que sirve para la liquidación de la indemnización por despido injusto en tratándose de salario variable, ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que se determina con el promedio de lo devengado en el año calendario en que finaliza el contrato, y no con el promedio de los 12 meses anteriores a la data de terminación del contrato (SL13518-2017 y SL4743-2018).

Ello así, una vez realizado el cálculo, teniendo en cuenta como salario base de liquidación la suma de $ 1.103.495 (fols. 112), que incluso es la base salarial con el que pide en la pretensión, se tiene por este concepto el valor de **$ 8.474.433.**

SALARIO	$1.103.495	SALARIO DIARIO $36.783
BASE INDEM	$1.103.495	
primer año 30 días	$1.103.495	12/01/2006-11/01/2007
siguientes 20 días	$7.356.633	12/01/2007-11/01/2017
Fracción	$14.305	12/01/2017-18/01/2017
TOTAL	**$8.474.433**	

En lo relativo a la indexación, se reconocerá la misma sobre la condena impuesta por indemnización por despido sin justa causa aquí ordenada, hasta el momento del pago efectivo de la obligación, como quiera que la devaluación de la moneda constituye un hecho notorio en el mercado monetario colombiano, siendo procedente tal condena, ya que las sumas objeto de la misma aún no han ingresado al patrimonio del demandante y cuando lo hagan se habrán visto menguadas.

Bajo ese horizonte, para la Sala no existe otro camino diferente que revocar parcialmente el fallo de primer grado, para en su lugar condenar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada, conforme los presupuestos atrás esbozados, confirmando en lo demás la sentencia apelada.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de SCOTIABANK COLPATRIA y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 23 de marzo del 2021, por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual declaró la inexistencia de la obligación y absolvió de todas las pretensiones a SCOTIABANK COLPATRIA, para en su lugar, **DECLARAR** que el contrato que ligó a las partes terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, **CONDENANDO** a SCOTIABANK COLPATRIA, a reconocer y pagar al señor MARTHA ELENA CAICEDO PEREIRA, la suma de **$ 8.474.433,** por concepto de indemnización por despido unilateral y sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, suma que deberá ser indexada desde el 18 de enero de 2017 hasta el momento del pago efectivo de la obligación, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de SCOTIABANK COLPATRIA. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la entidad demandada. Tásense.

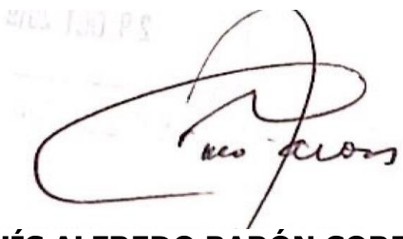
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

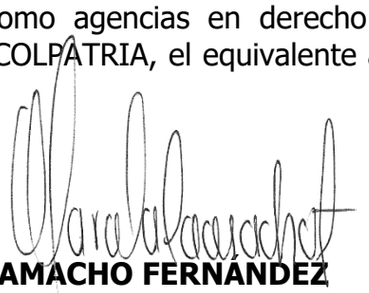


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de SCOTIABANK COLPATRIA, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LIDA JANETH RUIZ GUATAQUI***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-015-2020-00103-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LIDA JANETH RUIZ GUATAQUI instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 29 de agosto de 1986; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en julio de 2003; que la AFP ROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el valor de su mesada pensional en el RAIS sería de $828.116, mientras que en COLPENSIONES sería de $1.578.857 y, finalmente, que solicitó tanto a PROTECCIÓN S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 1 a 34).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 182); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que COLPENSIONES no tuvo injerencia en el traslado de régimen,

además que la actora se encuentra en la prohibición legal de retorno al régimen de prima media con prestación definida; que los múltiples traslados a través de la ineficacia y nulidad de traslado están afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 186 a 190).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó de manera libre y voluntaria, sin presiones ni engaños, además que cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, produciendo todos los efectos jurídicos; que se encuentra en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fols. 200 a 210).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante; ordenó a COLPENSIONES que acepte la trasferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante. No condenó en costas.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí PROTECCIÓN S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen. Que del interrogatorio de parte no se desprende que se haya brindado la información integral, pues esta solo manifestó que ante el cambio de empleador fue abordada por un asesor, quien realizó la afiliación sin presentarle información.

Igualmente consideró que si bien se allegó el formulario de afiliación con la firma de la actora y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, tal documento no es prueba idónea para demostrar el consentimiento informado, a lo sumo demuestra el consentimiento, pero no informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, sin ordenar el traslado de la comisión de administración y pólizas, ya que estos conceptos se generan y descuentan por disposición legal en ambos regímenes, y además cumplieron su finalidad.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes presentó recurso de alzada, razón por la cual se envió el proceso para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

6. Alegatos de conclusión:

Colpensiones: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditan los vicios en el consentimiento; que la carga de la prueba le compete a la parte actora; que suscribió el formulario de vinculación de manera libre, voluntaria e informada; que el demandante al momento del traslado era plenamente capaz; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que el alcance de la asesoría debe valorarse con la normatividad vigente al momento del traslado. En síntesis solicita que no se acceda al traslado de régimen pensional.

Demandante.: En la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión peticionando la confirmación de la sentencia de primer grado, dado que no se acreditó que el traslado haya sido producto de la libertad informada, sin que sea suficiente allegar el formulario de vinculación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al no haber sido recurrida la decisión de instancia por las partes, se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES por haber sido desfavorable la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo

ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora LIDA JANETH RUIZ GUATAQUI, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de agosto de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 48); que posteriormente el 14 de julio de 2003 se trasladó a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de septiembre de 2003, donde actualmente se encuentra afiliada, conforme el formulario de afiliación (Fol. 214), reporte del SIAFP (Fol. 215) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 217 a 230).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2003- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas

de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PROTECCIÓN S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PROTECCIÓN S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se debe adicionar la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta deja por fuera los gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliad, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá costas por haberse estudiado la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral primero de la sentencia proferida el 23 de junio del 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que además de los conceptos ordenados en el referido numeral,

también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **los gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

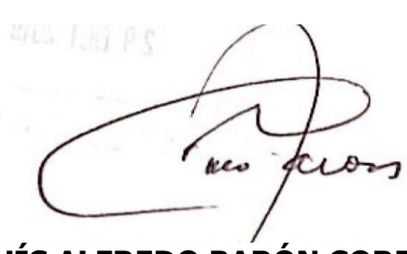
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MELANIA FORERO GAITAN***
DEMANDADO: ***PORVENIR S.A. y OTRO.***
RADICACIÓN: ***110013105-039-2018-00498-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN DEMANDADAS***
TEMA: ***GARANTIA DE PENSIÓN MINIMA RAIS.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora MELANIA FORERO GAITAN a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima a partir del 01 de octubre de 2017, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 10 de diciembre de 2015 radicó ante PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión, dándole respuesta el 30 de junio de 2016 y dejando condicionado el reconocimiento hasta tanto COLPENSIONES proceda a realizar el traslado de los recursos y el reporte de la historia laboral; que el 29 de noviembre de 2016, y 19 de enero de 2017 nuevamente insistió en el reconocimiento pensional, sin embargo, el 19 de abril de 2017 PORVENIR S.A. decide archivar la solicitud pensional; que el 06 de septiembre de 2017 volvió a solicitar la prestación, siéndole negada el mismo día, bajo el argumento de no cumplir el mínimo de semanas cotizadas; que el 17 de octubre de 2017, y 27 de marzo de 2018, nuevamente solicita el reconocimiento pensional; que el 28 de julio de 2015 cumplió 57 años de edad, y cuenta con 1.152 semanas al 13 de abril de 2018; que no cuenta con otro ingreso adicional que supla sus necesidades básicas. (Fols. 3 a 9 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 a 2 Archivo No 09 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 PORVENIR S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que a la fecha no ha solicitado la pensión de vejez, y si bien efectuó una solicitud el 01 de diciembre de 2015, se le dio respuesta negativa al contar solo con 1.127 semanas cotizadas; que la demandante solo tendría derecho a la garantía de pensión mínima una vez cumpla con los tramites y autorizaciones correspondientes de actualización de su historia laboral, ello con el fin de gestionar lo pertinente ante el Gobierno Nacional; que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió el bono pensional mediante resolución No 16909 del 24 de julio de 2017 por la suma de $ 102.287.000, el cual se encuentran en la cuenta de ahorro individual; que no son procedente los intereses moratorios, ya que no adeuda suma alguna a la demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de mi representada por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación (Fols. 35 a 45 Archivo No 03 Exp. Digital)

3.2 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.: Se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que PORVENIR S.A. no ha elevado ante el ente ministerial solicitud de reconocimiento de garantía de pensión mínima a favor de la demandante, aunado a que le corresponde a la AFP verificar si la demandante cumple los requisitos para optar por la garantía de pensión mínima; que ante la falta de solicitud por parte de PORVENIR S.A. el Ministerio se encuentra legalmente impedido para establecer si la actora cumple o no los requisitos de la pensión reclamada. Como excepciones de mérito postuló las de inexistencia de la obligación de la Oficina de Bonos Pensionales de reconocer la garantía de pensión mínima ante la falta de agotamiento del trámite por parte de la AFP PORVENIR S.A., el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no cumple funciones de entidad administradora de pensiones ni es reconocedora de derechos pensionales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplió con la obligación en relación al bono pensional de la señora Melania Forero Gaitán, y buena fe (Fols. 1 a 10 Archivo No 2 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora MELANIA FORERO GAITÁN es beneficiaria del reconocimiento de la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; condenó a PORVENIR S.A. a pagar de manera provisional a la demandante la garantía de pensión mínima desde el 1° de octubre de 2017, sin que de ninguna manera el 100 % del valor de las mesadas sea cancelado en una suma inferior al salario mínimo legal vigente de cada año, con los aumentos y deducciones de ley, con cargo al capital acumulado de la demandante en su cuenta de ahorro individual, y si esta resulta insuficiente deberá asumirlos con cargo a su propios recursos, hasta tanto realice los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se decida por esta entidad tal como lo prevé el artículo 21 del Decreto 656 de 1994; condenó a PORVENIR S.A. a pagar a la demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas reconocidas desde el 1 de febrero de 2018 y hasta cuando se realice el pago del retroactivo de la pensión de vejez con garantía mínima a la actora; absolvió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y condenó en costas a PORVENIR S.A. (fls. 1 a 5, archivo No 02, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que en el régimen de ahorro individual se consagra la garantía de pensión mínima en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, y en ese orden, la actora elevó solicitud pensional el 10 de diciembre de 2015, fecha para la cual conforme los menciona PORVENIR S.A. en la negativa pensional, no contaba con el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, siendo procedente la garantía de pensión mínima; no obstante, para esa calenda contaba con 1.127 semanas, siendo exigible 1.150 semanas.

Como sustento de la decisión trajo a colación las sentencia SL1534 de 2019, SL4512 de 2020, y SL 1556 de 2021, mismas que han tratado el tema de la garantía de pensión mínima en el RAIS, precisando que los requisitos son no tener capital acumulado que le permita acceder a la pensión de vejez, tener 57 años de edad en el caso de las mujeres, y 1.150 semanas cotizadas, y que en lo que refiere al trámite de esta prestación, está en cabeza de la AFP, ello conforme el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, trámites que debe adelantar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el financiamiento de la pensión reclamada, precisando que el ente ministerial concurre con la financiación pero no es la entidad que reconoce la prestación.

Que si bien la actora elevó múltiples solicitudes, todas son como reiteración de la que radicó el 10 de diciembre de 2015, y en ese sentido, conforme se dejó sentado anteriormente, para esa fecha solo contaba con 1.127 semanas; no obstante, PORVENIR S.A. resolvió tal solicitud el 06 de septiembre de 2017, fecha en la que de conformidad con la historia laboral de cotizaciones acredita 1.153,43 semanas, lo que lleva a concluir que para la fecha en que negó la prestación, ya contaba con los requisitos del artículo 65 de la ley 100 de 1993; que de conformidad con la sentencia SL1534 de 2019, le competía a PORVENIR S.A. adelantar el trámite ante el Ministerio de Hacienda y crédito público pero no lo hizo, lo que lleva a determinar que debe la AFP entrar a reconocer la pensión de manera provisional, por no cumplir de manera negligente con el trámite de reconocimiento ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Manifestó que no es de recibo las exculpaciones de la AFP en la negativa pensional, así como tampoco que se le haya requerido para que nuevamente eleve solicitud expresa de reconocimiento; que no es de recibo el argumento de que haya operado el desistimiento de la solicitud pensional el 19 de abril de 2017, ya que si ello hubiera sido así, como se explica que le resuelvan y nieguen la prestación el 06 de septiembre de 2017; que se le exigió a la actora realizar un nuevo trámite pensional sin ni siquiera adelantar los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como lo manifestó el ente Ministerial convocado al proceso.

Ordenó el reconocimiento pensional a partir del 01 de octubre de 2017, debiendo adelantar los trámites correspondiente para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, y sentencia SL4512 de 2020, sin que debe entenderse que el reconocimiento pensional sea una sanción en contra de la AFP.

Condenó al reconocimiento de los intereses moratorios, ello con sustento en lo pregonado en la sentencia SL360-2020 y SL1256-2021, y a partir del 01 de febrero de 2018, esto es, después de 4 meses de acreditado los requisitos pensionales, pues la solicitud fue elevada desde el mes de diciembre de 2015, además, porque una vez cumplido los requisitos no adelantó los trámites ante el Ministerio de Hacienda y

Crédito Público. Manifestó la no procedencia de la indexación por ser incompatible con los intereses moratorios. Finalmente solo impartió condena en costas a PORVENIR S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de **PORVENIR S.A.,** quien solicitó la revocatoria de la sentencia, argumentando que existe confusión por parte del juzgado en la manera como se reconoce esta clase de prestaciones; que la demandante debía allegar nueva solicitud, además que existe prueba documental donde se establece el desistimiento de la solicitud, y tales documentos no fueron controvertidos ni tachados por la parte actora; que la juez les da credibilidad a unos documentos y a otros no; que la AFP le resolvió la solicitud presentada el 10 de diciembre de 2015, indicándole que no tenía el capital suficiente, debiendo seguir cotizando para alcanzar las 1.150 semanas, momento en el cual debía adelantar una nueva solicitud de reconocimiento pensional; que no es cierto que la AFP haya respondido la solicitud cuando ya tenía el cumplimiento de los requisitos; que la AFP tiene una obligaciones y deberes, y por ello le requirió a la actora para que allegue nuevamente la solicitud pensional, y como la actora no allegó la nueva solicitud, ello impide que la AFP adelante los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que no está de acuerdo con la orden de reconocer la pensión provisional, ya que la demandante al no radicar los nuevos formularios, no puede la AFP adelantar el trámite administrativo; que no es procedente tampoco la condena en costas, en la medida en que la demandante no cumplió con sus obligaciones; que el reconocimiento pensional debe ser a partir de la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público haga la aprobación de tal prestación; que no se demostró ningún perjuicio; que no solo basta con cumplir la edad para el reconocimiento pensional, sino que el afiliado no deba contar con otras rentas o ingresos, y en el interrogatorio la actora manifestó que percibe ingresos de $500.000 por arriendo, aspecto que no se verificó por la a quo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante.: Solicita que se confirme el reconocimiento a la garantía de pensión mínima con fundamento en que PORVENIR S.A. no puede desconocer el criterio vigente que sobre la materia ha consolidado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

6.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia ya que la demandante no radicó solicitud pensional con los documentos actualizados, teniendo en cuenta que la solicitud elevada el 10 de diciembre de 2015 ya había sido resuelta, y además para esa fecha no acreditaba los requisitos legales para su reconocimiento, igualmente que ello lleva a que no se impongan intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿Le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la garantía de pensión mínima del RAIS?, y de ser así ii) ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

GARANTIA DE PENSIÓN MINIMA RAIS.

La garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual, se encuentra consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que es del siguiente tenor literal: *"…Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión."*

A su vez el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, consagra la excepción a la garantía aludida, afirmando para el efecto que: *"Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima,* ***no habrá lugar a la garantía estatal de la pensión mínima****."*

En el artículo 4º del Decreto 832 de 1996, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, se indicó que "…*Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima…."*

Ahora, en cuanto a quién debe pagar la pensión, se tiene que el Artículo 2° del Decreto 142 de 2006 que modificó el inciso 2º del artículo 9° del Decreto 832 de 1996, expresamente define que la AFP "…*iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía…."*

De la preceptiva anterior se concluye que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la garantía de pensión mínima se reconoce a quienes arriben a la edad mínima exigida y cuenten con 1150 semanas de cotización, siempre que el capital existente en su cuenta de ahorro individual no sea suficiente para financiar su pensión de vejez, estando a cargo de la AFP los trámites pertinentes ante la OBP del Min-Hacienda para el reconocimiento y pago de la misma, así como el pago oportuno al beneficiario de la prerrogativa con tal capital, el cual se adicionará por el Estado en la debida oportunidad para que los recursos no se agoten y pueda aquel disfrutar de la misma sin demora alguna.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha delineado que procede el reconocimiento provisional de la garantía de pensión mínima a cargo de la AFP, y con sus propios recursos, en los eventos en que se encuentre un actuar negligente en el trámite del reconocimiento pensional, cuyo sustento normativo es el

artículo 21 del Decreto 656 de 1994, veamos: *"En suma, si injustificadamente retarda el trámite de solicitud de garantía ante el ente estatal, surgirá la obligación de asumir el pago de la pensión de vejez de su afiliado y, palmariamente, sin afectar la cuenta de ahorro individual del mismo. Por lo que el funcionario judicial podrá echar mano de esta norma, cuando evidencie que existe un actuar evidentemente displicente que impidió la materialización del derecho".* (SL2686-2021)

Visto lo anterior y descendiendo al caso en estudio, se tiene que la demandante cumplió los 57 años el 26 de julio de 2015, puesto que nació en el mismo día y mes de 1958 (Fol. 11 Archivo No 1 Exp. Digital). Que solicitó a la AFP PORVENIR S.A. el reconocimiento de la garantía de pensión mínima el 10 de diciembre de 2015 (Fol. 13 Archivo No 1 Exp. Digital), siendo negada por dicha sociedad el 06 de septiembre de 2017, aduciéndose que: *"le manifestamos que el número de semanas por Usted Cotizadas al sistema general de pensiones, esto es, 1127.71, resultan inferiores al mínimo requerido, 1.150 para acceder al beneficio de pensión de garantía estatal de pensión mínima prevista en el artículo 64 de la citada ley"*(folio 72 Archivo No 1 Exp. Digital).

Respecto de las semanas cotizadas, tenemos que en efecto al 10 de diciembre de 2015 no contaba con el mínimo de semanas requeridas; no obstante, en la documental de folio 36 a 40 se observa que al ciclo de septiembre de 2017 acredita 1.152 semanas en toda su vida laboral.

Dichos documentos permiten educir que la activa cuenta con más de las 1.150 semanas cotizadas exigidas por la ley para acceder a la garantía de pensión mínima que depreca.

Ahora, respecto a la limitante para acceder a la garantía de pensión mínima, se tiene que PORVENIR S.A. esgrime que la solicitud pensional se había resuelto desde abril de 2017, fecha en la cual operó el desistimiento de la solicitud y archivo de la misma, tal como consta en documento de folios 26 y 71, en el que, ante la solicitud elevada de la actora de seguir cotizando hasta alcanzar las 1.150 semanas, la AFP le manifiesta que "*hemos procedido a archivar su solicitud pensional"*, y le informa que en el evento de peticionar la prestación con posterioridad, debe volver a radicar una nueva reclamación, proceder que no ha realizado la actora; empero, sobre este punto, considera la Sala que tal desistimiento no se configuró, ya que de haber sido así, la AFP no hubiera procedido a expedir la respuesta del 06 de septiembre de 2017, y si en realidad la solicitud hubiera sido archivada, lo procedente era requerir al afiliado para que elevara una nueva petición o reiterar lo ya expresado en la respuesta del 10 de abril de 2017, pero la AFP no actuó de esa manera, por el contrario, entró a resolver de fondo si le asistía o no el derecho, respondiéndole que, si bien el saldo actual de su capital no le permite acceder a una pensión en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que solo cuenta con 1.127,71 semanas, requiriendo 1.150 semanas; disquisición que es del todo equivocada, ya que para esa calenda alcanzaba las 1.152 semanas como expresamente se constata con la historia laboral expedida por PORVENIR S.A., que descansa a folios 36 a 41.

La respuesta de fondo efectuada por PORVENIR S.A. el 06 de septiembre de 2017, deja entrever que no era necesario el diligenciamiento de una nueva reclamación, sino que bastaba con la elevada por la actora en el mes de diciembre de 2015, por demás de manera completa con el diligenciamiento de los formularios requeridos por

la AFP (Fols. 13 a 18), ya que no se observa con posterioridad al mes de diciembre de 2015, requerimiento alguno en orden a completar información o actualizar los formularios requeridos.

De esta manera, no resulta de recibo el argumento esbozado en la apelación, según el cual la actora debía radicar una nueva solicitud con el lleno de los requisitos, pues estos no pueden ser exigidos de manera fraccionada en la diferentes respuestas efectuadas por la AFP, máxime cuando se deduce que los mismos no eran indispensables para resolver de fondo el asunto reclamado pues no de otra manera se puede entender que hubiera procedido a resolver de manera negativa la prestación en el mes de septiembre de 2017, fecha para la cual debió haber tenido en cuenta todas las cotizaciones y no fundamentar la negativa con las semanas reportadas hasta diciembre de 2015.

La exigencia planteada da cuenta de la presencia de formalismos no previstos en la Ley, que no pueden constituir requisito sine qua non para efectuar el trámite correspondiente y que demuestran la existencia de talanqueras en el reconocimiento de la prestación causada por la actora, así como de la conducta omisa desplegada por la pasiva pues ni siquiera obra en el expediente que haya iniciado algún trámite ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o que tal ente ministerial este exigiendo un documento o formulario adicional que deba ser diligenciado por la afiliada, aspecto que de encontrarse demostrado conllevaría por lo menos a establecer que la administradora de pensiones cumplió con los deberes legales que le impone la ley 100 de 1993, en especial, prestar el servicio público de la seguridad social, "*que comporta la garantía de derechos mínimos, en el caso de los trabajadores afiliados al sistema pensional"* (SL2686-2021)

Así las cosas, en casos como el presente, la jurisprudencia ha adoctrinado que les compete a las AFP obrar con diligencia y cuidado en todos los asuntos que repercuten en el acceso a las prestaciones económicas de los afiliados, considerando tal deber como "mayúsculo", y ha señalado que en caso de inobservancia, deben asumir las consecuencias establecidas en la legislación, en particular, reconocer la prestación de manera provisional con sus propios recursos y proceder a adelantar los trámites para el debido reconocimiento de la garantía de pensión mínima ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora, frente al tópico relacionado con que el reconocimiento debe operar desde que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realice o expida la resolución de reconocimiento de la garantía de pensión mínima, debe indicarse que es del todo equivocado, pues esta situación acontece cuando se ha iniciado el trámite administrativo por parte de la AFP, pero en el sub examine, tal como lo certificó el mismo ministerio a folio 1 archivo No 12 del expediente digital, no obra ninguna solicitud de parte de la AFP relativa a la garantía de pensión mínima que reclama la afiliada aquí demandante.

Acerca de que el juez primigenio debió estudiar si la actora recibía otros ingresos adicionales- inconformidad planteada en la apelación-, baste con recordarle a la apoderada judicial que la negativa pensional por parte de la AFP se sustentó en la densidad de semanas y no en la existencia ingresos adicionales que hicieran improcedente el acceso a la garantía de pensión mínima, punto que a juicio de esta Sala quedó superado para la misma administradora con la declaración juramentada que allegó la actora el 10 de diciembre de 2015, en la que expresa que no recibe

ingresos adicionales, no tiene aportes voluntarios ni percibe pensión alguna (Fol. 15); y si en gracia de discusión se tuviera en cuenta el dicho de la actora en el interrogatorio de parte, en el que manifestó que recibió $500.000 por concepto de arriendo de un inmueble que para esos fines le tiene prestado un familiar, resalta la Sala que tal dicho no tiene la suficiente entidad para dar aplicación al artículo 84 de la ley 100 de 1993, vigente para la época del reconocimiento pensional, ya que se excepciona del acceso de la garantía de pensión mínima a quien recibiere *"ingresos equivalentes a un salario mínimo",* pero el valor declarado por la actora no es igual o superior al mínimo del año 2017, y por otro lado, correspondió según su dicho a una ayuda familiar, por no tener acceso a la pensión mínima reclamada.

Corolario de lo anterior, la decisión de primera instancia, relativa al reconocimiento de la garantía de pensión mínima habrá de confirmarse, toda vez que la misma se ajusta a derecho y a las probanzas arrimadas al plenario.

En cuanto a la fecha de causación, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 142 de 2006, en esta clase de pensiones, establece que: "*el reconocimiento se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud"* y además como uno de los requisitos para el disfrute de la garantía de pensión mínima se requiere la comunicación del empleador en la que se comprometa que una vez incluida en nómina de pensionados la retirara del servicio, circunstancia que inexorablemente lleva a determinar que los conceptos de causación y disfrute aplicable a las pensiones de vejez también aplican a la garantía de pensión minina. Así pues, cumple precisar que, teniendo en cuenta que para el 10 de diciembre de 2015, fecha en que la actora elevó la solicitud pensional no contaba con la densidad de semanas, requisito que ya lo tenía acreditado para el mes de septiembre de 2017, cuando PORVENIR S.A. resolvió la solicitud pensional, habrá de reconocerse la prestación al día siguiente de la última cotización reportada, esto es, a partir del 01 de octubre de 2017, como correctamente lo hizo la a quo.

En lo relacionado con que debe ser a partir de la fecha en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público haga la aprobación de la garantía de pensión mínima, acota la Sala que tal circunstancia no es la que determina el disfrute pensional, pues ello corresponde más bien a un trámite de carácter administrativo entre la AFP PORVENIR y la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero no constituye un requisito para el disfrute pensional; incluso ha llegado a determinar la Corte Suprema de Justicia, que si una vez adelantado el trámite ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se evidencia que tiene el capital suficiente para financiar la pensión de vejez se "*mantendrá el pago correspondiente de la pensión bajo las condiciones propias del R.A.I.S.; por el contrario, si de esta información no son suficientes los recursos de la cuenta de ahorro individual, definitivamente, conforme a la condena impuesta, la nación debe concurrir en el pago del subsidio, una se verifique que se está agotando el capital pensional, conforme a la regulación que para el efecto se encuentre vigente"* (SL2686-2021)

Frente al retroactivo pensional, con arreglo al artículo 283 del CGP que establece que la condena se deberá extender hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, habrá de modificarse en este sentido la decisión. En consecuencia, realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena por las mesadas causadas entre el 01 de octubre de 2017 al 31 de agosto de 2021 arroja la suma de **$ 42.552.169**, y a partir del 01 de septiembre de 2021 PORVENIR

S.A. deberá cancelar una mesada pensional de $ 908.526, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Se autoriza igualmente a PORVENIR S.A. para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse para el sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

Intereses moratorios

La Ley 100 de 1993, en su artículo 141, consagró los intereses moratorios como una respuesta al incumplimiento de las entidades de seguridad social que, estando obligadas al pago de las mesadas pensionales de que trata dicha ley, lo dilaten o retarden, y que: *"de forma excepcionalísima y particular, esta Corporación ha estimado que la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013)*.

Descendiendo al caso sometido a estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se presenta, ya que si bien es cierto, cuando la actora elevó la solicitud el 10 de diciembre de 2015, no tenía acreditados los requisitos para causar la garantía mínima de pensión de vejez, lo cierto es que, cuando la entidad de seguridad social resolvió de fondo la prestación ya había causado el derecho, sin que tal entidad hubiera iniciado los trámites de reconocimiento ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, por el contrario estimo que tenía 1.127 semanas, cuando ya acreditaba 1.153.43 semanas como lo estableció la a quo, lo que genera la imposición de los intereses moratorios.

Frente a la censura relacionada con que la pensión mínima de vejez se trata de un beneficio y no en estricto sentido de una pensión de vejez, conviene precisar que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, no se trata de un beneficio, sino de una modalidad pensional que se otorga en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues no de otra manera se explica que el capítulo II de la Ley 100 de 1993 se intitule "PENSION DE VEJEZ", y allí se encuentra contenida tanto la pensión de vejez del artículo 64 como la pensión mínima de vejez del artículo 65, es decir, se trata en estricto sentido de una pensión de vejez con requisitos y fuente de financiamiento diversa.

Del mismo modo, sobre esta pensión también se causan los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues los mismos se causan por la mora de *"mesadas pensionales de que trata esta ley",* es decir, de las pensiones que se reconocen tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual con solidaridad, entre las que se encuentra la pensión mínima de vejez del artículo 65 *ejusdem.*

Entonces, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, a saber, vencidos los cuatro meses que son el periodo de gracia para decidir la solicitud pensional, que se cuentan a partir de la

radicación de la solicitud, término que se acompasa con el establecido en el artículo 2 del Decreto 142 de 2006 para esta clase de pensiones.

En el sub studium, como quiera que al momento de la solicitud no cumplía la densidad de semanas, pero a la fecha en que le responde de fondo la AFP de manera negativa, ya contaba con los requisitos para causar la prestación, debe traspalarse la causación de tales intereses a la fecha en que se causa cada mesada pensional a partir de su reconocimiento, esto es, 01 de octubre de 2017; no obstante, como la a quo estableció que tales intereses corren después de 4 meses del disfrute pensional, esto es, a partir del 01 de febrero de 2018, habrá de dejarse incólume tal fecha, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* en favor de PORVENIR S.A. como apelante único. Intereses que se generan sobre las mesadas causadas desde el 01 de febrero de 2018 hasta la fecha en que se efectué el pago de la obligación y se calcularán con la tasa de interés moratoria máxima vigente al momento del pago.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar de manera provisional a MELANIA FORERO GAITAN, las mesadas correspondientes a la garantía de pensión mínima, por la suma de* ***$ 42.552.169,*** *por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 01 de octubre de 2017 y el 31 de agosto de 2021, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. A partir del 01 de septiembre de 2021, COLPENSIONES seguirá reconociendo a la demandante una mesada pensional equivalente a* ***$908.526****, junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, autorizando a PORVENIR S.A. a realizar los descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.*
>
> ***PARÁGRAFO: PORVENIR S.A.*** *deberá asumir la prestación provisional hasta tanto realice los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme lo previene el Artículo 21 del Decreto 656 de 1994.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

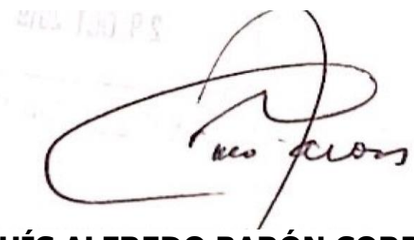
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

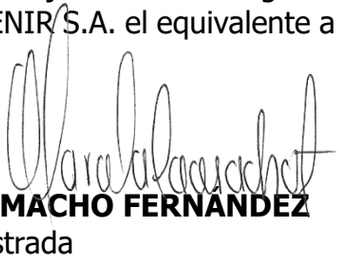


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. el equivalente a UN SMLMV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MERY DIAZ PATIÑO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-008-2019-00793-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ MERY DIAZ PATIÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 22 de junio de 1982; que se trasladó a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de noviembre de 1994; que la AFP PROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría integral al momento del traslado; que el 03 de octubre de 2019 solicitó la invalidación del traslado ante PROTECCIÓN S.A., pero le fue respondido de manera negativa el 08 de octubre de 2019; que el 03 de octubre de 2019 radicó ante COLPENSIONES formulario de traslado, siéndole desatado el mismo día de manera negativa al encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. (fols. 4 a 23).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 145); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que obra en el expediente prueba documental con el cual se advierte que el traslado de la actora al RAIS fue de manera libre y voluntaria, con el suministro de la información clara y precisa, además que es a la parte actora a quien le compete demostrar el engaño a que alude en la demanda por parte de las AFP del RAIS; que no es beneficiaria del régimen de transición, y se encuentra en la prohibición legal de retorno al régimen de prima media con prestación definida. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica (Fols. 176 a 183).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. En la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que el traslado efectuado el 28 de noviembre de 1994 es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello se encuentra expreso en el formulario de vinculación; que no se puede declarar la nulidad o ineficacia del traslado soportado en expectativas económicas de la mesada pensional, además que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, es decir, está en la prohibición legal de que trata la ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo esgrimió las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicio como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Fols. 187 a 198)

3.3 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en el formulario de vinculación; que firmó el formulario de afiliación después de haber sido ampliamente asesorada, documento que se presume autentico de conformidad con el artículo 243 y 244 del CGP. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fols. 147 y 166).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado; ordenó a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de las AFP. Se abstuvo de condenar en costas.

La decisión del Juez se basó preliminarmente en dejar por sentado que al momento en que peticionó el traslado ya se encontraba en la prohibición legal de los 10 años, y además tampoco acredita los 15 años de servicios o cotizaciones al 01 de abril de 1994, razón por la cual, era procedente estudiar la ineficacia del traslado.

Frente a la ineficacia del traslado, mencionó que los fondos privados solo allegaron al expediente el formulario de afiliación, documento con el cual no es posible verificar que se le haya suministrado la información suficiente que establece la Corte Suprema de Justicia en estos casos, y si bien, en el interrogatorio de parte se intentó buscar la confesión, la actora solo relató que le mencionaron aspectos favorables para trasladarse al RAIS, pero no se le dijo nada respecto de las desventajas. En ese orden, al no acreditarse en juicio que se hubiere entregado información sobre las ventajas y desventajas en el cambio de régimen pensional, se declaró la ineficacia del traslado, precisando que el traslado horizontal realizado a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no convalida la falta de información en que incurrió PROTECCIÓN S.A..

Ordenó a PROTECCIÓN S.A. como última AFP donde se encuentra afiliada que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora sin solución de continuidad en su afiliación, y a recibir los emolumentos que traslade PROTECCIÓN S.A.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional, por su nexo de causalidad con el derecho a la pensión de vejez que lo es irrenunciable e imprescriptible. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas por no haberse causado.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación.

5.1 PROTECCIÓN S.A.: Propone recurso de apelación parcial frente a los gastos de administración, con fundamento en que se tratan de descuentos autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, además se realizó como contraprestación por la buena administración de la cuenta de ahorro individual; que los gastos de administración son valores ya causados; que de conformidad con la certificación de aportes se evidencia los rendimientos que ha tenido la cuenta de ahorro individual, aspecto que permite inferir la buena administración por parte de la AFP; que ordenar la devolución de gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y el demandante; que PROTECCION S.A. tiene derecho a quedarse con los gastos de administración como restitución mutua ante la buena gestión realizada; que al ordenar la devolución de gastos de administración con los propios recursos se está generando una condena en perjuicios, y tal pretensión no fue pedida en la demanda, ni tampoco quedó en la fijación del litigio, además que tampoco se demostró o configuró la indemnización de perjuicios a la luz del Código Civil; que la carga de la prueba solo es en lo referente al deber de información y no en lo que tiene que ver con los perjuicios.

5.2 COLPENSIONES.: Manifestó que no está de acuerdo con el numeral tercero de la condena, ya que solo se ordenó a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los conceptos de gastos de administración, pero tal condena también debe extenderse a PORVENIR S.A. durante el tiempo que estuvo afiliada la actora.

6. Alegatos de conclusión:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia, además que la Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencias de casación favorables al afiliado declarando la ineficacia del traslado.

9. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora LUZ MERY DIAZ PATIÑO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 22 de junio de 1982, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 88); que el 28 de noviembre de 1994 se trasladó a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 199), posteriormente se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 18 de junio de 2001 (Fol. 168), y luego el 29 de noviembre de 2004 se trasladó a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., tal como se observa en el formulario de afiliación (fol. 201), donde se encuentra actualmente, según el reporte del SIAFP (Fol. 204) y su historia laboral de cotizaciones (fols. 205 a 225).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos

de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a

demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar que, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada del traslado prístino como consecuencia de la falta en el deber de información en que incurrió DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el paso al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y compresible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS, debiendo en consecuencia, quedar sin efecto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la

administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera favorable la alzada propuesta en este tópico por COLPENSIONES, y de manera desfavorable la alzada propuesta por PROTECCIÓN S.A.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, se tiene que la condena no se hizo extensiva a PORVENIR S.A., a pesar de que si se englobó los conceptos de gastos de administración y comisiones, por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutiva, la orden a PORVENIR S.A.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Frente a Colpensiones no se imponen ni a favor ni en contra, por haber apelado de manera parcial la sentencia. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

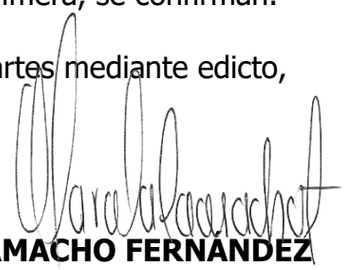
PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia proferida el 01 de julio del 2021, por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos

ordenados en el referido numeral, los **gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra**, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A.. De las de primera, se confirman.

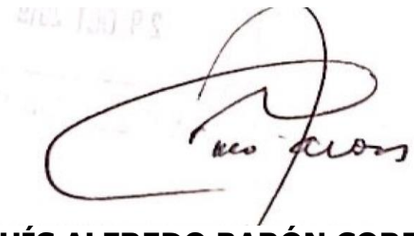
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

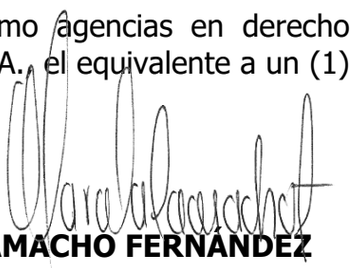


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JORGE WILLIAM CARDONA LEON***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-028-2018-00521-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, y JOHN JAIRO RODRIGUEZ BERNAL, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE WILLIAM CARDONA LEÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 25 de mayo de 1981; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 11 de octubre de 1996; que la AFP ROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el valor de su mesada pensional en el RAIS sería de $891.265, mientras que en COLPENSIONES sería de $ 1.752.951 y, finalmente, que solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 7 a 41).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 215); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la parte demandante se afilió válidamente a la

AFP PROTECCIÓN S.A., además no probó el error, fuerza o dolo, por lo cual no hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y la innominada o genérica. (Fols. 218 a 224).

4. Contestación AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la parte demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, además que no es posible invocar un requisito que no existía a cargo de la AFP para la época del traslado, dado que solo con la ley 1328 de 2009 se impuso la carga de suministrar asesoría, y con la ley 1748 se amplió a la doble asesoría, razón por la cual, declarar la ineficacia por falta del deber de información sería una decisión sin sustento jurídico; que se encuentra en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y compensación (fols. 245 a 261).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de junio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bono pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del afiliado, con destino a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES que acepte la trasferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, y en ese orden, en el caso concreto se verificó su PROTECCIÓN S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen. Que del interrogatorio de parte no se desprende que se haya brindado la información integral, pues este solo manifestó que el traslado fue precedido de una reunión grupal con sus compañeros de trabajo, y que ante la extinción del ISS, sus aportes iban a estar seguros en la AFP del RAIS.

Igualmente consideró que si bien se allegó el formulario de afiliación con la firma del actor y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, tal documento no es prueba idónea para demostrar el consentimiento informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por el demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, ello conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con la construcción de un beneficio pensional no corre con la suerte de dicho fenómeno prescriptivo. Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, elevaron recurso de alzada las siguientes entidades:

6.1 AFP PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación parcial en relación con la orden de devolver los gastos de administración y sumas adicionales, ya que ello constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien además no administró los recursos del demandante; que tales conceptos no forman parte del capital que financian la pensión de vejez; que los gastos de administración se descontaron por la buena administración de la AFP, el cual generó buena rentabilidad de los aportes; que de aplicarse los efectos de la ineficacia, no se deberían ordenar devolver los rendimientos, ya que estos no se generan en el régimen de prima media con prestación definida, o por lo menos debería permitirse que la AFP compense de los rendimientos lo que debe devolver por concepto de gastos de administración; que la AFP realizó los descuentos de gastos de administración y seguros previsionales por disposición legal, es decir, en acatamiento del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que en cierta medida se está facultando al demandante para que reciba los aportes que se sufragaron a la aseguradora, situación que no tiene sustento jurídico; que los gastos de administración al no financiar la pensión de vejez, pueden ser prescriptibles.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, ya que en el sub examine operó la ratificación de la afiliación por el paso del tiempo, tal como se puede deducir del artículo 898 del Código de Comercio y la sentencia SL423-2018.

7. Alegatos de conclusión:

PROTECCIÓN S.A.: Solicita que se revoque la sentencia en lo que tiene que ver con la devolución de gastos de administración, y la orden a COLPENSIONES de accionar contra PROTECCION S.A. en busca de pago de perjuicios, ello con fundamento en que los descuentos se efectuaron por disposición legal y además tienen destinación específica; igualmente que debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera respecto a la imposibilidad de devolver gastos de administración y comisiones.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, ello en virtud de que se configura la ineficacia del traslado por falta de información por parte de la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y

materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JORGE WILLIAM CARDONA LEON, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 25 de mayo de 1981, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 42); que posteriormente el 11 de octubre de 1996 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1996 (fol. 49 y 270); que posteriormente el 11 de octubre de 2001 se trasladó de PROTECCIÓN S.A. a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra afiliado, conforme el formulario de afiliación (Fol. 269), reporte del SIAFP (Fol. 270) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 275 a 284).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**,

teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PROTECCIÓN S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PROTECCIÓN S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico, y se confirma la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta congloba los conceptos aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliad, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio del 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***CECILIA ARDILA***
DEMANDADO: ***ARL SURA y OTROS.***
RADICACIÓN: ***110013105-037-2017-00047-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN***
TEMA: ***NULIDAD DICTAMEN***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora CECILIA ARDILA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se deje sin efecto el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá, y en su lugar se declare que el Síndrome del Manguito Rotatorio que padece es de origen laboral, por encontrarse en firme el dictamen del 19 de mayo de 2011 emitido por la ARL COLPATRIA S.A.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 30 de agosto del 2010 la Nueva EPS expidió dictamen de calificación laboral determinado que el origen profesional del Síndrome Manguito Rotador, dictamen que se reportó a la ARL COLPATRIA S.A. el 31 de marzo de 2011, y esta a su vez notificó al empleador el 19 de mayo de 2011; que Textiles Miratex S.A. en el año 2011 hizo cambio de ARL, pasando a la ARL SURA, pero nunca informó sobre el dictamen emitido por la ARL COLPATRIA; que el 04 de mayo de 2011 la ARL SURA notifica erróneamente a la Coordinadora de Medicina Laboral de la Nueva EPS que no acepta la patología como de origen profesional; que la ARL SURA remitió el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que el 24 de junio de 2011 le notificó del dictamen del 17 de junio de 2011, determinando que el origen de la enfermedad es profesional; que por vía de apelación la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de abril de 2012 decide que el origen de la enfermedad es común; que se vulneró el derecho de defensa y debido proceso, al no haberle notificado que iba a ser evaluada nuevamente; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no tuvo en cuenta que la enfermedad ya había sido calificada por la ARL COLPATRIA, como de origen profesional, dictamen que se encuentra en firme; que el 18 de noviembre de 2016 solicitó ante la ARL SURA que reconozca, suministre y brinde los servicios médicos que llegue a requerir, y frente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez

peticionó que se realice una nueva valoración sobre el síndrome del manguito rotador.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 220); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones

3.1 ARL SURA.: Se opuso a las pretensiones de la demanda con abrigo en el argumento de que las entidades competentes para establecer el origen de una determinada patología le corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, siendo que a través de dictamen del 30 de abril de 2012 determinó que la enfermedad que sufre la demandante es de naturaleza común y no laboral, razón por la cual la ARL SURA no está obligada a asumir ninguna prestación económica o asistencial derivada de dicha enfermedad. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva de ARL SURA, la patología de la demandante es de origen común, no se cumplen los requisitos para que se causen prestaciones económicas y asistenciales a cargo de mí representada, prescripción, y la genérica (Fols. 104 a 114).

3.2 NUEVA EPS.: Se opone a las pretensiones con fundamento en que ha cursado el debido proceso de calificación de la enfermedad en la que se determina que la demandante no padece de enfermedades de origen laboral sino común. Como excepciones de mérito rotuló las de cumplimiento de trámites y órdenes para calificación de enfermedad de la demandante, falta de concepto técnico científico para objetar los dictámenes, carga de la prueba, y la innominada (Fols. 123 a 127).

3.3 JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que lo pretendido atentaría contra la seguridad jurídica y autonomía técnica y científica de la Junta Nacional, ya que su decisión cuenta con pleno soporte probatorio, además guarda plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación del origen común del diagnóstico Síndrome de Manguito Rotatorio. Propuso como excepciones de fondo la de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum- inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de la obligación a cargo de la Junta Nacional- inexistencia de las pretensiones- competencia del juez Laboral, buena fe de la parte demandada, y, la genérica (fls. 141 a 159).

3.4 ARL COLPATRIA.: Se opone a las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se surtió dentro del trámite legal de calificación; que no existe en la demanda ningún hecho que demuestre que el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación sea inválido, ni mucho menos se puede controvertir su idoneidad; que no se plantean razones o argumentos médico – científicos para determinar la existencia de presuntos errores graves al dictamen. Como excepciones de fondo presentó las de prescripción, plena validez y eficacia del dictamen de la JNCI, inexistencia de cuestionamiento técnico atribuible al dictamen, ausencia de obligación en cabeza de la ARL COLPATRIA- las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de una enfermedad de origen común deben ser brindadas

por la EPS y/o la AFP a la cual se encuentre afiliada la demandante, cumplimiento de buena fe de las obligaciones a cargo de la ARL COLPATRIA, prescripción de las hipotéticas prestaciones del sistema general de riesgos laborales a cargo de la ARL COLPATRIA, sujeción a los requisitos existentes en el sistema de riesgos laborales para el reconocimiento eventual de prestaciones económicas a cargo de ARL COLPATRIA, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (Fols. 185 a 203)

3.5 COLPENSIONES: Como réplica a la demanda manifestó que las pretensiones de la demanda no están dirigidas contra COLPENSIONES, razón por la cual no se podría proferir ninguna condena en su contra. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, la innominada o genérica, no procedencia de costas. (Fols. 226 a 232)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de febrero de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró sin efecto el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 30 de abril de 2012, y en consecuencia declaró legalmente válido el dictamen definitivo de origen laboral de la patología de la demandante expedido por AXA COLPATRIA el día 19 de mayo de 2011; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; absolvió de las pretensiones a las demandadas NUEVA EPS, COLPENSIONES y SURA S.A., y solo en virtud de la pretensión declarativa frente a la ARL AXA COLPATRIA, sin que haya lugar a determinación de derechos asistenciales y prestacionales.

Partió el a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si es procedente dejar sin efectos el dictamen del 30 de abril de 2012 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y en su lugar, dejar incólume el dictamen emitido por AXA COLPATRIA, el cual determinó que el origen del diagnóstico Síndrome de Manguito Rotador es laboral.

Empezó por esgrimir las normas correspondientes al trámite para la calificación de pérdida de capacidad laboral como el Decreto 1771 de 1994, Decreto 1295 de 1994, artículo 41 de la Ley 100 de 1993, y resolución No 2569 de 1999.

Seguidamente consideró que la demandante laboró como dependiente al servicio de Miratex por lo menos desde el 24 de mayo de 2010 hasta el 11 de noviembre de 2012, entidad que la tenía afiliada para riesgos laborales en AXA COLPATRIA, y por ende, como la NUEVA EPS emite en primera oportunidad el dictamen de origen de la enfermedad el 30 de agosto de 2010, esto es, en vigencia de la cobertura con AXA COLPATRIA, fue a esta entidad a quien se le notificó de tal determinación, quien a través de comunicación del 15 de mayo de 2011 decide confirmar el origen laboral de la enfermedad.

Que coincide la fecha del dictamen con la fecha de cobertura por parte de AXA COLPATRIA, y por ello, tal entidad, de conformidad con el parágrafo segundo de la ley 776 de 2002, al ser la ARL donde se encontraba afiliada la actora, era la única que tenía la facultad de controvertir la calificación expedida por le EPS, pero dicha ARL procedió a confirmar el origen de la enfermedad el 15 de mayo de 2011, y aunque no obra en el expediente el dictamen emitido por la ARL COLPATRIA, se infiere de notificación del 15 de mayo de 2011 que fue producto de la decisión de un grupo interdisciplinario.

Dedujo el a quo que no le correspondía a SURA ARL oponerse a la calificación del origen de la enfermedad, ya que aquello estaba reservado para la ARL COLPATRIA, y en ese horizonte, como quiera que los dictámenes expedidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fueron producto de la inconformidad que planteó SURA ARL, pierden sustento jurídico, ya que tal facultad de controvertir el origen lo tenía la ARL COLPATRIA, quien al no presentar inconformidad, dejó en firme el dictamen que fuere emitido por dicha entidad.

Que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 solo se encontraba legitimada para presentar inconformidad en el trámite de calificación del origen la ARL COLPATRIA y no SURA ARL, pues es la primera es la que tenía la cobertura de la afiliada aquí demandante.

Que si bien es cierto SURA ARL con posterioridad asumió la cobertura de los riesgos laborales, tal entidad debía haber presentado demanda contra el dictamen de AXA COLPATRIA que quedó en firme.

En síntesis adujo que se vulneraron las normas procesales de la seguridad social en el trámite de calificación del origen de la enfermedad, y en consecuencia, al no haber estado legitimada la ARL SURA para controvertir el dictamen, se deja sin efectos los dictámenes emitidos por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, declarando válido el dictamen del 19 de mayo de 2011 emitido por AXA COLPATRIA que confirmó la decisión de la NUEVA EPS respecto a que el origen de la enfermedad es de carácter profesional.

En cuanto a la excepción de prescripción manifestó que si bien, se solicita la nulidad del dictamen emitido el 30 de abril de 2012 y la demanda se presentó pasado más de 5 años, lo cierto es que las acciones tendientes a obtener la declaratoria de como sucedió un hecho no tiene prescripción, y para ello trajo a colación la sentencia SL2418-2018, además que estamos frente a una pretensión declarativa y no se está solicitando alguna prestación económica o asistencial, en la cual si procedería el estudio de la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, los apoderados de AXA COLPATRIA y SURA ARL presentaron sendos recursos de apelación:

5.1 AXA COLPATRIA: Manifiesta que no está de acuerdo con las consideraciones respectivas a la prescripción, ya que se trajo una sentencia que no es aplicable al caso concreto, debiendo aplicarse el termino de 3 años de que trata los artículo 151 del CPL y 488 del CST, pues pasaron 4 años y 9 meses entre la notificación del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la presentación de la demanda; que si bien se trata de una pretensión declarativa, no se tiene en cuenta que la ARL COLPATRIA tiene que asumir las prestaciones económicas y asistenciales que se generan al determinar el origen laboral de la enfermedad; que del contenido del artículo 40 del Decreto 2463 de 2001 y del artículo 16 de la ley 1562 de 2012 se desprende que el término de prescripción es de 3 años, igualmente al respecto puede tenerse en cuenta la sentencia T-1007 de 2004.

Precisó que se presentó una indebida apreciación de las pruebas, ya que en el dictamen del 30 de agosto de 2010 emitido por la Nueva EPS, en ningún apartado

se determina la fecha de estructuración o se entra a analizar tal aspecto, ya que solo se deja constancia de la fecha del diagnóstico, el cual es diferente a la fecha de estructuración, y en tal sentido el dictamen de la Nueva EPS si estaba ajustado a derecho; que AXA COLPATRIA no le notificó del dictamen para garantizar el ejercicio de los recursos legales; que la ARL SURA si podía controvertir el dictamen, ya que la demandante estuvo afiliada a tal entidad desde el año 2006 al 2010, por lo que tenía toda la legitimación, además de que el diagnóstico calificado aconteció durante las fechas en que estuvo afiliada a SURA ARL; que no hay norma que restrinja la interposición de recursos a cargo de la ARL SURA; que debieron analizarse por el Juez los aspectos sustanciales y no formales, ya que había un dictamen que determinó el origen común de la enfermedad, el cual no se podía desechar sino al contrario tenerlo en cuenta; que a partir del 26 de febrero de 2016 la demandante ya no se encuentra afiliada a la ARL COLPATRIA, por lo que no puede ser obligada a cubrir prestaciones económicas o asistenciales.

5.2 SURA ARL.: Colige no estar de acuerdo, ya que el dictamen emitido por la NUEVA EPS se notificó a SURA ARL, y al no estar de acuerdo solicitó que se remitiera el caso a la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez; que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, puede controvertir el dictamen el interesado, y no la ARL donde estaba afiliado, además que con SURA ARL la actora estuvo vinculada desde el 2008 hasta el 2010, por lo que si le asiste interés, ya que eventualmente debe asumir algunas prestaciones; que se debe propender por proteger financieramente al sistema, y ello se logra controvirtiendo si la enfermedad es de origen común o laboral, en el caso concreto es de origen común; que debe operar la prescripción por cuanto pasaron más de 3 años desde que se emitió el dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Suramericana S.A..: En la oportunidad legal solicita que se revoque la decisión de dejar sin validez el dictamen de la Junta Nacional de Calificación, ya que se estaría afectando indirectamente a Suramericana, además que no existe violación al debido proceso de la demandante, ello debido a que Suramericana si estaba legitimada para controvertir el dictamen de la NUEVA EPS; que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que pueden controvertir los dictámenes la parte interesada, pero en ningún momento se indica que solo lo sea la ARL donde se encuentre afiliado al momento de proferirse el dictamen; que la acción para solicitar la nulidad del dictamen se encuentra prescrita.

6.2 AXA COLPATRIA S.A.: Aduce que el a quo desconoció los términos de prescripción de que trata el artículo 151 del CTPSS y el artículo 488 del CST, ya que nos encontramos frente a la discusión del origen de la enfermedad, y no un derecho pensional de carácter imprescriptible; que la sentencia T-1007-2014 establece que la parte tiene 3 años para acudir a la justicia laboral a demandar el dictamen de calificación; que se desconoció la legitimación de la ARL Suramericana para controvertir el dictamen; que se desconoce la realidad material del origen de la enfermedad que padece la demandante; que AXA COLPATRIA S.A. no es la ARL que actualmente tiene afiliada a la actora, razón por la cual no es responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y/o económicas derivadas de la enfermedad. En síntesis peticiona que se revoque la sentencia, y en su lugar se absuelva de las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, precisando que si bien no se impuso ninguna condena contra SURA ARL, lo cierto es que, al dejar sin efectos el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez tal entidad eventualmente podría ser objeto de obligaciones con respecto a prestaciones económicas y asistenciales por el tiempo de exposición al riesgo, tal como lo precisa el inciso segundo del artículo 2 de la ley 776 de 2002, y por ende, en este caso en particular considera la Sala que sí es procedente entrar a estudiar el recurso de apelación impetrado por dicha accionada.

Los **problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar:

(i) ¿Se configura el fenómeno de la prescripción de la pretensión tendiente a establecer la declaratoria de nulidad del dictamen de calificación del origen de la enfermedad? En caso negativo,
(ii) ¿La ARL SURA estaba legitimada para controvertir el dictamen de la Nueva EPS que determinó el origen profesional de la enfermedad Síndrome de Manguito Rotador?
(iii) ¿La enfermedad padecida por la accionante tiene origen laboral?

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN Y DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-ORIGEN DE LA ENFERMEDAD.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que la NUEVA EPS a través de dictamen del 30 de agosto de 2010, calificó a la señora CECILIA ARDILA el diagnóstico de Síndrome de Manguito Rotador Bilateral como de origen profesional (Fols. 19 a 24); que COLPATRIA ARL el 19 de mayo de 2011 notificó el origen de la enfermedad Síndrome de Manguito Rotatorio como enfermedad laboral (Fol. 16 y 17); que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, a través de dictamen No 51734949 del 17 de junio de 2011, calificó a la afiliada el origen de la enfermedad como profesional (Fols. 27 a 28) y que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen No 51734949 del 30 de abril de 2012, modificando el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez al calificar el origen de la enfermedad como común (Fols. 24 a 32).

Establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término de prescripción de las acciones laborales de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir como regla general por una sola vez presentando la reclamación por escrito, con excepción de las obligaciones de tracto sucesivo como las mesadas pensionales.

Igualmente, cumple recabar sobre la finalidad de la figura de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la cual la Máxima Corporación de la jurisdicción pregona que su aplicación deviene de salvaguardar la seguridad jurídica, y en esa dirección asienta que: "*es una de las más cardinales razones para que la jurisprudencia y la doctrina consideren que la prescripción extintiva no sea un instituto de interpretación amplia o extensiva, sino todo lo contrario, de interpretación estricta o 'restrictiva', predicamento que debe aplicarse con mayor*

énfasis en el derecho del trabajo, por no estar fundado dicho instituto en este específico campo del derecho en razones últimas de justicia, sino en específicas necesidades de seguridad jurídica" (SL-4222-2017).

Ahora, sobre la sentencia SL2418-2018 que a bien tuvo el a quo tenerla como sustento de su posición, considera la Sala que al contrario de lo manifestado por los recurrentes, tal posición jurisprudencial decantada en aquella providencia no se trata de un caso particular o un asunto insular para ese caso en específico, sino que se trata de la posición que se ha mantenido indemne en la Corte Suprema de Justicia relativo a que *"la existencia jurídica de un hecho es susceptible de demandarse en cualquier tiempo, pues deriva del ejercicio del derecho público de acción, y en ese en ese evento lo que procede es que el Juez declare extinguidos los derechos que de aquel emanen, como obligación civil, dado el retardo en su ejercicio"* (SL6380-2015)

Posición que aplica a todas las aristas del derecho del trabajo y de la seguridad social, y no como erradamente lo manifiesta la censura, para quien no podía traerse a colación una sentencia que trata un tema de derecho laboral y subsumirlo en una situación litigiosa del derecho a la seguridad social, específicamente la declaratoria de nulidad de dictamen.

En particular la Corte ha delineado que los "estados jurídicos" como por ejemplo el estado jurídico de pensionado (Radicación No 37476 del 23 de noviembre de 2010), o como en el caso particular, el que la enfermedad es de origen profesional, son imprescriptibles, lo que no sucede con las consecuencias económicas que la declaración de aquel estado jurídico trae consigo, es decir, en el caso del pensionado lo serían las respectivas mesadas pensionales, y en el caso del afiliado que debate el origen de la enfermedad, lo seria las prestaciones económicas y asistenciales que pretenda reclamar a la entidad de seguridad social.

Nótese que, en el caso de autos, no existe disposición legal que determine de manera expresa que el afiliado deba demandar en el lapso de 3 años el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y que de no hacerlo pierda toda posibilidad de acudir a la jurisdicción a discutir o controvertir tal dictamen, o que deba declararse la prescripción extintiva sin definir el derecho sustancial pretendido.

Esgrime el apoderado judicial apelante que debe tenerse en cuenta la sentencia T-1007 de 2004, en la que se establece que el término de prescripción para demandar el dictamen es de 3 años de conformidad con el artículo 151 del CPT y la S.S., lo cual se extrae de la simple lectura de la providencia, pero en aquella decisión la Corte Constitucional solo explica el procedimiento que debe seguirse en materia de dictámenes de calificación de invalidez, es más, hace hincapié en que los dictámenes de la Junta de Calificación de Invalidez no hacen tránsito a cosa juzgada y por ende es competencia de los jueces *"señalar de manera definitiva la titularidad de los derechos que se reclaman"*, razón adicional que permite a la Sala colegir la imprescriptibilidad de la acción judicial tendiente a declarar el origen de la invalidez, como acontece en el sub lite.

De igual manera, ciertamente el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001 establece que las controversias que se susciten con los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez deberán ser dirimidos ante la justicia ordinaria laboral "de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral", lo que en efecto acontece, solo

que no puede prohijarse la aplicación del término trienal de prescripción en los términos como lo solicita el recurrente, pues su aplicación se hace de conformidad con el criterio jurisprudencial ampliamente vertido, y en consecuencia, sobre este tópico la Sala encuentra que la decisión del a quo es ajustada a derecho.

Procedimiento calificación del origen de la enfermedad

Empecemos por señalar que el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, establece que la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será efectuada en primera instancia por la Institución Prestadora de los Servicios de Salud que atienda al afiliado, y que el médico o la comisión laboral de la ARL determinarán el origen en segunda instancia; de igual forma, que de persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículo 41 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

A la par, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que *"Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales".*

Por su parte el Decreto 2463 de 2001, en el artículo 6° indica que *"Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez".*

Descendiendo al sub examine, la controversia gravita en determinar si SURA ARL estaba legitimada para controvertir el dictamen emitido por la NUEVA EPS, pues mientras el a quo estimó que no lo estaba, en razón a que la accionante se encontraba afiliada a otra ARL para el momento en que se profirió, motivo por el decidió dejar sin efecto el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitido como consecuencia del recurso impetrado por SURA; las partes recurrentes insisten en que sí estaba facultada para controvertir el origen de la enfermedad.

Para la Sala la razón está del lado de los recurrentes, ya que una vez revisado con detenimiento el dictamen emitido el 30 de agosto de 2010 por la NUEVA EPS, que descansa a folios 19 a 24, en su acápite de antecedentes se indica que el último trabajo de la señora CECILIA ARDILA, tuvo lugar desde 18 de enero de 2008 hasta el 15 de enero de 2010, con la empresa HILAT S.A., en el cargo de Operaria Enconado, y en la casilla de la ARL se registra a SURA como entidad a la que se encuentra afiliada. Asimismo, a folio 18 obra notificación de la calificación del origen por parte de la NUEVA EPS dirigida a la demandante con fecha del 11 de febrero de 2011, en cuya parte inferior se registra que dicho documento fue enviado con copia a Gloria Chirivi, Gerente Regional de Salud, ARP SURA, así como también al empleador HILAT S.A.

De igual forma, a folio 40 obra respuesta de SURA ARL a la demandante, donde se detalla que la afiliación de la señora Cecilia Ardila tuvo vigencia con ARL SURA a través de la empresa HILAT desde el 16 de enero de 2008 hasta el 15 de enero de 2010, y que la dicha administradora fue requerida para la evaluación del puesto de trabajo con la finalidad de calificar la patología de Síndrome de Manguito Rotador Bilateral, misma que se realizó en julio de 2010.

De lo expuesto y acorde con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que establece que quien puede controvertir el dictamen es "*el interesado",* resulta diáfano concluir que la ARL SURA sí estaba legitimada para plantear la inconformidad a efecto de que la Junta Regional, y por vía de apelación la Nacional, determinen en el trámite administrativo el origen de la enfermedad.

Ahora, el juez primigenio indicó que la ARL SURA no estaba legitimada para controvertir el dictamen, en la medida en que, para el 30 de agosto de 2010, fecha de expedición del dictamen por parte de la NUEVA EPS la actora se encontraba laborando para la empresa MIRATEX, cuyo vínculo laboral tuvo ocurrencia desde el 24 de mayo de 2010, calenda a partir de la cual estaba afiliada a COLPATRIA ARL, siendo esta entidad la única facultada para controvertir el dictamen y quien determinó que el origen de la enfermedad era profesional, como reposa en la comunicación del 19 de mayo de 2011.

Ciertamente de la documental de folios 14, 16 y 204 se logra corroborar la anterior información y su cronología, no obstante, el hecho de que el dictamen se hubiera emitido durante el lapso en la que la actora estuvo afiliada a COLPATRIA ARL no determina que sea esta entidad la única legitimada para controvertir la calificación, dado que revisado en su integridad el dictamen, se encuentra que los hechos que dieron lugar a la calificación surgieron en vigencia del vínculo laboral que la actora tenía con HILAT, entidad que la tenía afiliada a SURA ARL, y en ese sentido, bien podía esta administradora proceder a controvertir el origen de la enfermedad, como efectivamente aconteció, además, no puede pasar por alto la Sala que, de no estar legitimada o tener interés en la calificación, pues sencillamente la NUEVA EPS no le hubiera procedido a notificar su dictamen.

Igualmente apuntala esta Corporación que de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, si bien las prestaciones asistenciales y económicas están a cargo de la última administradora a la cual se encuentre afiliado el trabajador, lo cierto es que a renglón seguido se establece que ésta podrá repetir por el valor pagado en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras anteriores, situación de la que se deriva el interés que le asiste a la ARL SURA para controvertir el dictamen de la NUEVA EPS.

Lo anterior no significa que estén legitimadas todas las ARL donde se haya estado afiliada lo actora, sino aquellas que puedan resultar implicadas en el surgimiento de la patología que se va a calificar, como sucede en el sub lite, en el que inició la calificación en vigencia de la afiliación con la ARL SURA, y el dictamen fue emitido cuando ya había cambiado de empleador y de ARL, aspecto que conlleva a determinar que las dos administradoras de riesgos laborales podían controvertir el dictamen de la NUEVA EPS.

En este punto, la Sala advierte que la anterior conclusión bastaría para para revocar la decisión de instancia e impartir absolución a las pretensiones de la demanda, pues

la decisión del juez primigenio fue adoptada eminentemente desde la óptica procedimental en lo relativo al trámite de la calificación del origen de la enfermedad, máxime cuando los hechos que soportan la pretensión están dirigidos a que no se tengan en cuenta los recursos que planteó la ARL SURA ante la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, lo que conllevaría darle plena validez al dictamen emitido por COLPATRIA ARL; sin embargo, siguiendo las predicas del artículo 2 del CGP, esto es, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, procederá esta Sala a estudiar de fondo el problema jurídico planteado, consistente en sí la enfermedad es de origen común o laboral, por cuanto en últimas lo perseguido en las pretensiones es que se deje sin efecto el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá, y en su lugar se declare que el Síndrome del Manguito Rotatorio que padece es de origen laboral.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, reiterada en proveído SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando "*lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo, según mandato expreso de los artículos 41 y SS de la Ley 100 de 199…*", (…) "*sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso.*"

Así mismo, ha establecido que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, "*«…porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierren una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014),* empero, *"debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez".*

Adicionalmente, el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, establece que el juez *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso".*

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, estima la Sala que, no sale avante la pretensión propuesta, por las siguientes razones:

Es cierto que en el escrito inaugural (Fols. 50 a 60), se plantea la nulidad del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para que en su lugar se deje en firme el dictamen del 19 de mayo de 2011 emitido por COLPATRIA ARL; no obstante, no se allega el dictamen emitido por COLPATRIA ARL, ya que tan solo se arribó la notificación que esta entidad hiciere al empleador el 19 de mayo de 2011 (Fol. 16), y frente a la nulidad deprecada se sustenta en hechos eminentemente procesales y formales, consistentes en que la ARL SURA no estaba legitimada para controvertir el dictamen de la NUEVA EPS, y que no podía remitir su caso ante la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, aspectos que de suyo no dan al traste con el contenido del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Del mismo modo, debe precisar la Sala que la demandante fue debidamente vinculada y notificada de las decisiones de la Junta Regional y Nacional de Calificación de

Invalidez, tal como se aprecia folios 26 y 159, su desacuerdo con la última de las citadas entidades es frente a la determinación del origen de la enfermedad como común, como expuso en el hecho décimo tercero de la demanda, pero ello no conlleva a la vulneración del derecho de defensa y debido proceso, pues ante la decisión adversa a sus intereses debía atacar de fondo las consideraciones expuestas en el dictamen, y no quedarse en los aspectos netamente formales del trámite de calificación.

En gracia de discusión, al revisar los dictámenes obrantes en el plenario, tanto el de la NUEVA EPS (Fols. 19 a 24), el de la Junta Regional (Fols. 27 a 28) y Nacional de Calificación de Invalidez (Fols. 29 a 32), encuentra la Judicatura que el dictamen de ésta última Junta es concluyente al momento de determinar el origen de la enfermedad, ya que tuvo en cuenta el "acromio tipi II" como malformación congénita, y en el dictamen de la Nueva EPS no se hace referencia de manera categórica a tal diagnóstico que influye en la enfermedad del Síndrome del Manguito Rotarorio, veamos:

> *"Si bien es cierto que existen riesgos biomecánicos por postura de hombro por fuera de los ángulos de confort, no están presentes en el tiempo necesario durante la jornada laboral, para ser necesarios en la patología de estudio, teniendo en cuenta además que estas posturas no están asociadas a tareas con manipulación de herramientas que vibran o de pesos por encima de los límites permisibles. Adicional a esto la Resonancia Magnética de hombro del 15 de agosto de 2007, reporta que presenta acromio tipo II, que es una malformación congénita, de un acromion grueso y ganchoso, que de acuerdo a la literatura médica, genera una predisposición a pinzar el tendón superior del manguito rotador, que pasa por debajo del acromion, por un espacio subcromial. Este espacio en algunas personas es muy pequeño, y se hace más pequeño cuando la persona levanta el brazo, de manera que el acromion presiona al supra espinoso y la bursa ocasionándoles inflamaciones. El acropio tipo II, se considera como predisponente para la generación de patologías en hombro. Por las anteriores consideraciones, esta junta ha definido que el Síndrome de Manguito Rotatorio que presenta la paciente es de origen común".*

Adicional a lo anterior, nótese que el dictamen de la NUEVA EPS que fue confirmado por COLPATRIA ARL hace referencia a que "*se ha desempeñado como empleada doméstica desde hace 13 años y 8 meses con el actual empleador realizando labores de arreglo general de la casa*" (Fol. 23); no obstante, de los antecedentes del mismo dictamen se detalla que el cargo actual (para la fecha de calificación) es Operaria de Enconado, e igualmente en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se indica "operaria- enconadora fabrica de cortinas (2007-15/01/2010)" (Fol. 29), lo que denota que de ninguna manera podría dejarse en firme el dictamen de COLPATRIA ARL confirmatorio del dictamen de la NUEVA EPS, pues adolece de inconsistencias, que se logran evidenciar en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y que la parte actora no logra desvirtuar en el trámite del proceso judicial, pues se itera, se limitó a pretender la nulidad con sostén en aspectos formales y procesales del trámite de calificación.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, absolviendo a las entidades demandadas y apelantes de las suplicas incoadas por la actora.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la demandante y a favor de COLPATRIA ARL y SURA ARL, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la demandante. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 05 de febrero del 2019, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual declaró sin efecto el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, teniendo como válido el dictamen emitido por AXA COLPATRIA ARL, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de plena validez y eficacia del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, propuesta por AXA COLPATRIA ARL y en consecuencia se **ABSUELVE** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor AXA COLPATRIA ARL y SURA ARL, y a cargo de la demandante. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de la entidad demandante. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

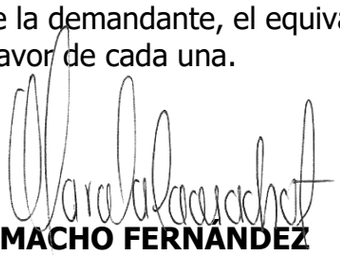
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de AXA COLPATRIA ARL y SURA ARL, y a cargo de la demandante, el equivalente a 1/10 del SMMLV, esto es, la suma de $ 90.852, a favor de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NUBIA ESPERANZA ORTEGON SALINAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-022-2019-00109-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, y DANIELA PALACIO VARONA, identificados en legal forma, como apoderados COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NUBIA ESPERANZA ORTEGON SALINAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 40 a 50).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 25 de septiembre de 1995; que se trasladó a PORVENIR S.A.; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el 18 de septiembre de 2018 solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad o invalidación de la afiliación, pero le fue resuelta de manera negativa el 04 de febrero de 2019; que el 14 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, pero le fue negada en respuesta del 17 de septiembre de 2018.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 64); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no obra prueba de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, igualmente que no obran notas de protesto que permitan inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Señala también que no se cumple los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito rotuló las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 65 a 81).

4. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que le competía a la demandante acreditar los supuestos de los vicios en el consentimiento, esto es, el error, fuerza o dolo; que realizó actos de ratificación al haberse trasladado horizontalmente; que en caso de declarar la nulidad, la AFP está obligada a reembolsar los gastos de administración, pero en ningún caso los rendimientos financieros, dado que estos no se generan de haber permanecido en el régimen de prima media. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fols. 102 a 122).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de septiembre de 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de la AFP; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en establecer que a pesar de haberse solicitado la nulidad del traslado, lo correspondiente era resolver el asunto bajo los presupuestos establecidos por la jurisprudencia respecto a la ineficacia del traslado, y para ello citó varias de las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han tocado la materia.

Indicó que PORVENIR SA no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a aquella y no a la demandante; que 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, siendo la única prueba es la suscripción de formularios de afiliación, con lo cual, a lo sumo se demuestra el consentimiento, pero no informado; que enfilar la defensa en que la ineficacia se solicita por los aspectos económicos de la mesada pensional, solo constituye una excusa a su negligencia, el cual no es de recibo; que Porvenir SA incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanencia, además incumplió sus deberes de buen consejo y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

Por lo anterior declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad, declaratoria que trajo como consecuencia que el acto de traslado no tuvo ningún efecto en el mes de enero de 2004, y por ello ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de demandante como cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, y correlativamente Colpensiones debe afiliar nuevamente a la demandante al régimen de prima media y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la Seguridad Social. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

COLPENSIONES: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que resulta desproporcionada la inversión de la carga de la prueba a cargo de la AFP, quien para la época del traslado no le era obligatorio dejar registro documental de la asesoría brindada, a más que nadie está obligado a lo imposible; que con la declaratoria de ineficacia se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que la actora estuvo afiliada por mucho tiempo en el RAIS, y tuvo varias oportunidades que le permite la ley para trasladarse y no lo hizo; que no se puede aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, ya que no son casos análogos, pues en aquellos casos se tratan de afiliados que gozan de una expectativa legitima de pensionarse, lo que no acontece con el caso de autos.

PORVENIR S.A.: Solicita que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, como quiera que al momento del traslado no existía una determinación legal de cómo debía realizar la asesoría, siendo que aquella se agotaba de manera verbal y sin dejar ningún documento soporte, aparte del formulario de afiliación; que no existía la obligación de efectuar cuadros comparativos; que solo se requería la firma en el formulario de afiliación; que exigir pruebas documentales resulta ser una prueba imposible para la AFP; que existe una omisión de la demandante en no regresar en las oportunidades legales al régimen de prima media con prestación definida; que la demandante no hizo seguimiento adecuado de su cuenta de ahorro individual; que la demandante actuó con negligencia frente a su situación pensional; que el desconocimiento de la ley no es excusa; que conforme el principio de igualdad, también recae en la demandante la obligación como consumidor financiero de consultar y preguntar acerca de su situación pensional; que se exigen pruebas que no eran obligatorias para la época del traslado; que la actora con el traslado se sometió a las reglas del RAIS, además que la AFP cumplió con la obligación exigida para ese momento; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, menciona que no es procedente la devolución de gastos de administración, ya que se descontaron por mandato legal y cumplieron su cometido, además que esas sumas de dinero ya fueron invertidas y no se encuentran en poder de la AFP.

7. Alegatos de conclusión:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal como consta en el formulario de afiliación; que se le suministró la debida asesoría; que el deber de buen consejo y doble asesoría no estaba vigente para la

fecha del traslado; que los desacuerdos en el monto pensional de ambos regímenes no puede llevar a declarar la ineficacia del traslado; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por mandato legal; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que las sumas de la aseguradora fueron trasladadas a un tercero, siendo imposible su reembolso, además durante la afiliación tuvo cobertura a los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera respecto a la imposibilidad de la devolución de gastos de administración y comisiones.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; de manera subsidiaria en caso de confirmarse la ineficacia, solicita que sean devueltos todos los conceptos en su integralidad, y que no se condene en costas a COLPENSIONES.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo

ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señora NUBIA ESPERANZA ORTEGON SALINAS, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 25 de septiembre de 1995, con cotizaciones hasta el 31 de enero de 2004, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSONES (fol. 16); que posteriormente el 30 de enero de 2004 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 123); seguidamente el 12 de febrero de 2010 se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, conforme el reporte del SIAFP (Fol. 126) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 128 a 146).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones,

lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir y a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico, y se adiciona la decisión de instancia en este ítem, ya que la a quo no relacionó de manera expresa las **comisiones** en la parte resolutiva de la providencia.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 04 de septiembre del 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la

AFP PORVENIR S.A. que además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **las comisiones, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FRANCISCO JAVIER ECHEVERRY HENAO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-033-2019-00182-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARIA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FRANCISCO JAVIER ECHEVERRY HENAO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación y recibir los aportes de la AFP. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 14 de mayo de 1987; que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 22 de septiembre de 1994; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría integral al momento del traslado; que en octubre de 2003 se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A.; que su mesada pensional en el RAIS sería de $ 1.782.605, mientras en COLPENSIONES lo sería de $ 6.317.454; que solicitó la invalidación del traslado ante PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, pero le fue respondido de manera negativa. (fols. 3 a 18).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 127); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no obra en el expediente prueba alguna de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta del deber de información o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, asimismo no se evidencia notas de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; que el demandante no cumple con los presupuestos de la sentencia SU062-2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Como excepciones de mérito rotuló las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 129 a 147).

3.2 AFP OLD MUTUAL S.A. En la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que no intervino de manera directa ni indirecta en el traslado de régimen del actor, ya que en el año 2003 venia afiliado al RAIS, fecha para la cual ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS; que el traslado fue completamente válido, voluntario y libre de presiones; que no basta con indicar vicios del consentimiento, sino que debe explicar y probar en qué consistía cada uno de esos vicios. Como excepciones de fondo esgrimió las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica (Fols. 74 a 90)

3.3 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en el formulario de vinculación; que firmó el formulario de afiliación después de haber sido ampliamente asesorada, documento que se presume auténtico de conformidad con el artículo 243 y 244 del CGP; que siempre se le garantizó el derecho al retracto; que se encuentra en la prohibición legal del traslado; que las condiciones de acceso a la pensión de vejez en cada uno de los regímenes se encuentran definidas legalmente, sin que sea posible declarar la ineficacia por las diferencias en el monto pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fols. 166 y 192).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores descontados como cuotas de administración, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y bonos pensionales; ordenó a PORVENIR S.A. y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración en el tiempo proporcional al que estuvo afiliada el demandante en cada AFP; ordenó a COLPENSIONES que afilie al demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de las AFP. Condenó en costas a SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A..

Frente a la ineficacia del traslado, mencionó que los fondos privados solo allegaron al expediente el formulario de afiliación, documento con el cual no es posible verificar que se le haya suministrado la información suficiente que establece la Corte Suprema de Justicia en estos casos, y si bien, en el interrogatorio de parte se intentó buscar la confesión, el actor solo relató que le mencionaron aspectos favorables para trasladarse

al RAIS, pero no se le dijo nada respecto de las desventajas. En ese orden, al no acreditarse en juicio que se hubiere entregado información sobre las ventajas y desventajas en el cambio de régimen pensional, se declaró la ineficacia del traslado, precisando que el traslado horizontal realizado a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A. no convalida la falta de información en que incurrió PORVENIR S.A., máxime si tal traslado fue vía correo electrónico sin evidenciarse el suministro de información particular y personal al actor.

Ordenó a OLD MUTUAL S.A. como última AFP donde se encuentra afiliado que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y comisiones, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Igualmente ordenó a PORVENIR S.A. durante el tiempo de la afiliación del actor en esa AFP que devuelva los gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir al actor sin solución de continuidad en su afiliación, y a recibir los emolumentos que trasladen las AFP, convalidando su historia laboral.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional, por su nexo de causalidad con el derecho a la pensión de vejez que lo es irrenunciable e imprescriptible. Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A.** interpusieron recurso de apelación.

5.1 PORVENIR S.A.: Propone recurso de apelación manifestando que el actor suscribió el formulario de afiliación, el cual es un documento público y auténtico; que el formulario de vinculación no se trata de un simple documento, ya que allí está la declaración del actor y además tal formulario cumple con los requisitos legales exigidos por la Superintendencia Financiera de Colombia; que respecto a los gastos de administración debe tenerse en cuenta que PORVENIR S.A. recibió los pasivos de HORIZONTE producto de la cesión por fusión, pero de ninguna manera recibió los gastos de administración del afiliado, ya que solo recibió los conceptos que estipula el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

5.2 OLD MUTUAL S.A.: Presenta recurso de apelación parcial respecto de los gastos de administración, en el sentido de que el a quo desconoce postulados de orden legal como el Decreto 3925 de 2008, artículo 7 que establece cuales son los conceptos que se deben devolver en eventos de traslado de régimen, donde no se encuentran incluidos los gastos de administración; que debe tenerse en cuenta los diferentes conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera al respecto, donde especifica los conceptos que deben trasladarse, y no se encuentran los gastos de administración; que los gastos de administración son conceptos que ya se descontaron en cumplimiento del artículo 20 de la ley 100 de 1993, y un porcentaje de la administración se trasladó para el pago de pólizas, mismas que han mantenido con cobertura al actor desde su afiliación en el año 2003; que el traslado de los gastos de administración general perjuicios económicos a la AFP y por ende afectación a la sostenibilidad financiera del sistema; que de confirmar la decisión de instancia debe estudiarse la prescripción de los gastos de administración, ya que tal concepto no hace parte de los conceptos que financian la pensión de vejez.

5.3 COLPENSIONES.: Manifestó que no está de acuerdo con la condena impuesta, ya que se está descapitalizando el sistema pensional, ello debido a que el actor no efectuó aportes durante el periodo de carencia, y además no contribuyó al fondo común de naturaleza pública. Asimismo, que no se acreditaron vicios en el consentimiento como error, fuerza o dolo.

6. Alegatos de conclusión:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

9. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes

AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor FRANCISCO JAVIER ECHEVERRY HENAO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de mayo de 1987, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 46); que el 22 de septiembre de 1994 se trasladó a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 44), posteriormente se trasladó a SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A. el 29 de agosto de 2003, tal como se observa en el formulario de afiliación (fol. 45), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fols. 102 a 117).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se

encuentre exenta por circunstancias atinentes a la formación académica del afiliado o su nivel profesional.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo le dieron cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar que, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada del traslado prístino como consecuencia de la falta en el deber de información en que incurrió HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el paso al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y compresible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS, debiendo en consecuencia, quedar sin efecto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen

gastos de administración y comisiones por parte de OLD MUTUAL S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico por OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. con independencia de que esta última haya asumido a Horizonte a través de la cesión por fusión.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, se tiene que la condena se hizo extensiva a PORVENIR S.A.; no obstante, no engloba los conceptos de comisiones, pues si bien se hizo referencia en la parte motiva, no se incluyó de manera expresa en la parte resolutiva de la sentencia, por ende, habrá de adicionarse tal concepto.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO y SEXTO de la sentencia proferida el 13 de mayo del 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra**, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades,** sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A.. De las de primera, se confirman.

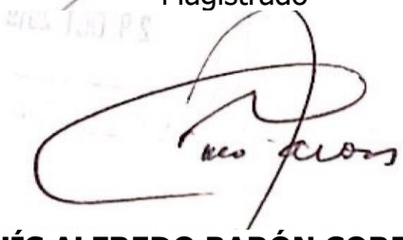
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

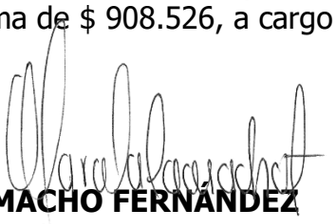


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ADALBERTO MARIMON PEREZ***
DEMANDADO:	***IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP EPS en LILIQUIDACIÓN, y OTROS.***
RADICACIÓN:	***110013105-037-2017-00189-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***RELACIÓN LABORAL- UNIDAD DE EMPRESA - INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y SOLIDARIDAD.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se entiende por presentada la renuncia del Dr. JOHN NELSON BARRIOS ESLAVA, identificado en legal forma, como apoderado de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ADALBERTO MARIMON PEREZ instauró demanda ordinaria contra IAC GESTION ADMINISTRATIVA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO, EFECTIVA CTA, SALUDCOOP EPS, CRUZ BLANCA EPS y CAFESALUD EPS, con el fin de que se declare la unidad de empresa entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y las empresas CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS OC, y que esta última utilizó la tercerización laboral sobre el demandante, y en consecuencia se declare la existencia de un contrato realidad desde el 17 de marzo de 2010; que el auxilio extralegal de rodamiento y alimentación constituye factor salarial; la solidaridad; y la utilización ilegal para el suministro de personal, en consecuencia, que se condene al pago de salarios, prestaciones y demás acreencias laborales, incluyendo el auxilio de alimentación y rodamiento como factor salarial, la sanción moratoria, la indexación, la compulsa de copias al Ministerio del Trabajo, y las costas y gastos del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis en lo que respecta al vínculo laboral que, el 17 de marzo de 2010 suscribió contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Auditor Médico con la empresa ESIMED, contrato que fue cedido con posterioridad con IAC GESTION ADMINISTRATIVA bajo las mismas condiciones; que las funciones desarrolladas fueron en beneficio de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, CRUZ BLANCA EPS, y CAFESALUD EPS; que las actividades desarrolladas estaban dirigidas a dar apoyo en las respuestas a acciones de tutela

dirigidas contra la EPS, derechos de petición, requerimientos a la Supersalud y otros entes de control de las entidades mencionadas; que su último salario devengado y pagado a través de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, fue de $ 4.837.800, salario que era pagado de manera "disgregada" así: $ 3.510.200 como salario básico y $ 877.600 por concepto de auxilio de rodamiento y alimentación"; que los jefes inmediatos fueron el Coordinador del Área Jurídica, y el Coordinador de Atención al Usuario, ambos funcionarios del grupo empresarial SALUDCOOP; que el 18 de mayo de 2016 le fue notificado de la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa; que su labor fue en beneficio de CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BALNCA EPS, y SALUDCOOP EPS OC, a pesar de estar formalmente vinculado con IAC GESTION ADMINISTRATIVA; que al finalizar la relación laboral, ninguna de las entidades demandadas le pagó la liquidación final de prestaciones sociales; que las EPS demandadas acordaron con IAC GESTION ADMINISTRATIVA el pago de una bonificación por retiro, pero solo a quienes firmaban un acuerdo de transacción; que el 28 de septiembre de 2016 radicó ante IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA un derecho de petición solicitando el pago de la liquidación e indemnización, pero nunca le fue respondido; que el 25 de octubre de 2016 citó ante el Ministerio del Trabajo a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, pero no compareció; que el 06 de febrero de 2017 presentó reclamación de acreencias en el proceso de liquidación de IAC GESTION ADMINISTRATIVA. (fls. 5 a 34 y 471 a 487 reforma a la demanda).

2. Contestaciones:

2.1 SALUDCOOP EPS OC en LIQUIDACIÓN: Se opuso a las pretensiones enarboladas en la demanda con sustento en que el demandante jamás ha sido trabajador de SALUDCOOP EPS OC en liquidación, como lo confiesa el mismo fue trabajador de ESIMED y JAC GESTION ADMINISTRATIVA. Rotuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de Saludcoop EPS y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria, y la genérica (Fols. 629 a 637).

2.2 EFECTIVA CTA: Adujo que las pretensiones son injustificadas tanto en el plano de los hechos como del derecho, ya que pretende el pago de una serie de acreencias laborales, cuando nunca se presentó nexo laboral ni de ningún otro tipo con el demandante, aunado a que tal entidad no ha conformado grupo empresarial con las entidades demandadas. Como medio exceptivos formuló las de inexistencia de la relación laboral, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas e inexistencia de la solidaridad (Fols. 671 a 685).

2.3 IAC ACCIÓN Y PROGRESO: Indicó que no se pretende declaración alguna contra la entidad demandada, además se desconoce la situación de las otras empresas demandadas; que no ha existido relación laboral con el demandante, y por ende, es improcedente emitir condena en su contra. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación por pasiva, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación laboral, inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa, inexistencia de solidaridad, y la genérica (Fols. 691 a 721).

2.4 IAC GESTION ADMINISTRATIVA: Se opone a la declaración de unidad de empresa, argumentando que las relaciones que tenían con las diferentes EPS demandadas tenían como fundamento el desarrollo de contratos comerciales y civiles, más no era la consecuencia de órdenes impartidas por una empresa superior que

tuviere control y mando sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, y que la decisión de la Superintendencia de Sociedad de declarar grupo empresarial es totalmente diferente a la unidad de empresa pretendida; que tampoco hay lugar al pago de las acreencias reclamadas ya que IAC GESTION ADMINISTRATIVA se encuentra en liquidación y es el liquidador quien debe tener en cuenta dentro de la prelación de créditos los pagos a que haya lugar en desarrollo del proceso liquidatario ordenado por la Supersolidaria; que no ha existido mala fe de IAC GESTION ADMINISTRATIVA en razón a que no tienen acceso a la información de la entidad debido al mismo proceso liquidatario. No propuso excepciones de fondo (Fols. 774 a 782).

2.5 CAFESALUD EPS S.A. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que entre las referidas entidades demandadas no se presenta unidad de empresa, ya que no se cumplen los presupuestos facticos ni jurídicos para su configuración, tampoco la entidad ha incurrido en prácticas de intermediación laboral; que nunca ha existido contrato de trabajo directo ni indirecto a través de terceros con el demandante; que las obligaciones laborales reclamadas son de competencia directa de IAC GESTION ADMINISTRATIVA; que el contrato suscrito con IAC GESTION ADMINISTRATIVA no se basa en el suministro de personal para el desempeño de funciones en favor de CAFESALUD EPS; que el verdadero empleador fue IAC GESTION ADMINISTRATIVA. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad y mala fe, y buena fe (Fols. 886 a 912).

2.6 CRUZ BLANCA EPS S.A.: Manifestó que el demandante jamás ha sido trabajador de Cruz Blanca EPS, tal como el mismo lo confiesa en la demanda su empleador fue IAC GESTION ADMINISTRATIVA y CAFESALUD EPS, entidades diferentes y ajenas a la aquí demandada; que no opera la solidaridad ya que si bien existe grupo empresarial ello no quiere decir que exista la figura de unidad de empresa, además que las entidades demandadas son autónomas en independientes. Como excepciones de fondo esgrimió las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de unidad de empresa, inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de Cruz Blanca EPS y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica (Fols. 916 a 930).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de mayo del 2019, en el que el fallador de instancia, declaró que entre ADALBERTO MARIMON PÉREZ, en calidad de trabajador y la sociedad IAC GESTION ADMINISTRATIVA en Liquidación existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 17 de marzo de 2010 al 18 de mayo del año 2016; declaró que los valores percibidos por concepto de auxilio de alimentación y rodamiento constituyen salario; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones exigibles con anterioridad al 19 de abril de 2019; condenó a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación al pago de: $ 351.020 por 3 días de salario; $87.760 por auxilio de alimentación y rodamiento; $ 6.764.757 por cesantías; $287.996 por intereses a las cesantías; $3.437.190 por prima de servicios; $4.387.800 por compensación en dinero de las vacaciones; $19.509.621 por indemnización por terminación unilateral del contrato; $ 29.983.300 por concepto de indemnización moratoria desde el 19 de mayo de 2016 hasta el 13 de diciembre de la misma anualidad; declaró la unidad de empresa y en esa medida solidariamente responsables a IAC GESTIÓN EMPRESARIAL en Liquidación, SALUDCOOP EPS OC en Liquidación; declaró responsables solidarias a CAFESALUD EPS S.A y CRUZ BLANCA EPS S.A. en los términos del artículo 34 del CST; absolvió a EFECTIVA S.A. y a IAC ACCIÓN Y PROGRESO; finalmente gravó en costas a IAC GESTION ADMINISTRATIVA y a SALUDCOOP EPS OC.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral del actor con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA entre el 17 de marzo de 2010 hasta el 18 de mayo de 2016, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, siendo su último cargo el de auditor médico, tal como lo corroboró con la documental de folios 571,577,573, 578, y 582, precisando que no era posible declarar la existencia del contrato con las demás entidades demandadas especialmente con SALUDCOOP EPS OC, CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS, ello en la medida en que si bien se demostró la prestación del servicio a favor de tales entidades, no se encuentra que la subordinación jurídica haya provenido de las mismas, aunado a que de conformidad con el artículo 94 de la ley 79 de 1988 se permite en el sector cooperativo contar con instituciones auxiliares para la prestación de servicios. Igualmente que la testigo Jenny Paola Acosta Rey, quien laboró en IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, a pesar de no conocer al actor, dio cuenta de que tal entidad ejercía el poder subordinante, esto es, resolvía solicitudes de los trabajadores, y tramitaban disciplinario contra los mismos.

Frente al auxilio de rodamiento y alimentación adujo que de conformidad con lo establecido en los artículos 127 y 128 del CST, y la documental de folios 571,575 y 576, se logra extraer que fueron continuos, además el actor expreso en el interrogatorio que la prestación del servicio se dio en la misma empresa, es decir, se desnaturaliza el concepto de rodamiento de tal auxilio, y por ende, tuvo tal emolumento como salario.

Manifestó que si bien es cierto obra una liquidación final de prestaciones, no se demostró su pago, y como quiera que se debe incluir el auxilio de rodamiento y alimentación como salario, previo a la concreción de los valores, procedió al estudio de la excepción de prescripción, para lo cual indicó que no obra reclamación del derecho pretendido, y por tanto, se tendrá en cuenta la presentación de la demanda, que lo fue el 19 de abril de 2017, misma que logró notificarse dentro del año siguiente a la admisión de la misma como lo previene el artículo 90 del CGP, razón por la cual estarían prescritos los conceptos causados con anterioridad al 19 de abril de 2014, a excepción de las cesantías que no estarían prescritas pues su exigibilidad se cuenta desde la terminación del contrato.

En lo atinente a la indemnización moratoria sostuvo que la entidad demandada, empleadora para el momento en que finalizó la relación laboral, esto es, el 18 de mayo de 2016, no justificó su omisión en el pago de la liquidación final de prestaciones, así como tampoco existen actos que demuestran que obró de buena fe; no obstante, limitó tal indemnización hasta el 14 de diciembre de 2016, fecha en la que mediante resolución No 20164075 del 14 de diciembre de 2016, la Superintendencia de Economía Solidaria procedió a realizar la liquidación forzosa de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Respecto a la unidad de empresa aseveró que de conformidad con el artículo 194 del CST y la sentencias SL6228 de 2016 y SL109 de 2018, se configura la misma con respecto a SALUDCOOP EPS OC en Liquidación, y no así de CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS, ello en razón a que, si bien SALUDCOOP EPS OC en Liquidación es la sociedad matriz del grupo empresarial en la que también está incluida IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, lo cierto es que SALUDCOOP EPS OC, mantuvo el control económico y administrativo de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Sobre la responsabilidad solidaria consideró que de conformidad con el artículo 34 del CST, están llamadas a responder CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS, ya que quedó acreditado que la prestación del servicio del actor fue en favor de las citadas EPS, además que las labores desarrolladas no son extrañas al giro ordinario de los objetos

sociales de aquellas, por ende, deben responder solidariamente de las condenas impuestas.

Finalmente, asintió que frente a las sociedades IAC ACCIÓN Y PROGRESO, y EFECTIVA CTA, no hay lugar a imponer ninguna condena, ya que solo fueron vinculadas por ser socias fundadoras de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, sin que se haya demostrado ningún vínculo en relación con las pretensiones invocadas por el actor.

4. Impugnación y límites del ad quem. Las siguientes partes procesales presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que apela en los aspectos donde no hubo condena; que no está de acuerdo con la prescripción parcial, ya que si bien no existe reclamación, lo cierto es que se presentó la demanda dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo laboral; que respecto a la indemnización moratoria debía condenarse a la totalidad de las empresas demandadas, ya que el sistema que tenía SALUDCOOP EPS fue diseñado de mala fe para no asumir las responsabilidades laborales; que a más de mil trabajadores les fueron vulnerados sus derechos laborales; que ninguna de las EPS respondió y eran quienes recibían los servicios del demandante; que debía declararse la unidad de empresa con todas las entidades demandadas, así como la solidaridad; que deben ser condenadas todas las empresas por el valor de las prestaciones.

4.2 IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA: Esgrime que no se probó la prestación de servicios personales para la entidad demandada, ya que el cargo era de auditor médico el cual solo es eventual; que en el caso concreto la entidad demandada solo fungió como outsourcing de nómina.

4.3 Saludcoop EPS en Liquidación: interpone recurso de alzada en relación con la unidad de empresa, ya que IAC GESTION ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP EPS OC, son personas jurídicas distintas, con objetos sociales distintos y autonomía técnica y financiera; que si bien SALUDCOOP EPS es la sociedad matriz del grupo empresarial, ello no genera la unidad de empresa; que no siempre que se este en presencia de grupo empresarial hay unidad de empresa; que no se prueba el predominio económico; que no hay lugar a que la sociedad matriz sea garante de las obligaciones de la subordinada; que para declarar la unidad de empresa se requiere que las actividades sean similares, conexas o complementarias, pero en el caso concreto ello no de demuestra, ni tampoco se cumplen los presupuestos normativos para declararla; que de conformidad con la Ley 22 de 1995 cada entidad mantiene sus atributos de manera independiente, razón por la cual no se puede predicar la solidaridad; que el solo hecho de vincular a la sociedad matriz no da lugar a la prosperidad de la unidad de empresa; que SALUDCOOP EPS O.C. no se benefició de las labores del demandante; que no se demostró los elementos del contrato de trabajo entre el demandante y SALUDCOOP EPS.

4.4 CAFESALUD EPS: Expresa que no está de acuerdo con la condena solidaria impuesta, ya que tal entidad solo es subordinada del grupo empresarial donde SALUDCOOP EPS es la matriz, en consecuencia, no puede responder por las obligaciones de la sociedad matriz; que los servicios se los prestó a la sociedad matriz; que de conformidad con el Estatuto Financiero no es procedente que la sociedad subordinada responda por las obligaciones de la matriz; que IAC GESTION ADMINISTRATIVA no ha suministrado personal a CAFESALUD EPS; que no se cumplen los presupuestos del artículo 34 del CST; que CAFESALUD EPS no ejerció subordinación, así como tampoco se acreditan los presupuestos del artículo 23 del CST.

4.5 CRUZ BLANCA EPS: No está de acuerdo con la condena solidaria, en la medida en que los procesos contratados por IAC GESTION ADMINISTRATIVA no hacen parte al objeto social de CRUZ BLANCA EPS; que las funciones del demandante no son del giro ordinario de CRUZ BLANCA EPS; que para configurar la solidaridad se debe verificar que la labor no sea ajena a la actividad principal de CRUZ BLANCA EPS, y en el caso concreto la labor del demandante es ajena al objeto social de la demandada.

5. Alegatos.

CAFESALUD EPS.: En la oportunidad procesal afirma que no se demuestra la existencia de la relación laboral del demandante con tal entidad, ya que el mismo afirmó en el interrogatorio de parte que el empleador era IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA; que no se presenta la solidaridad por parte de CAFESALUD, ya que las entidades convocadas tienen diferente objeto social; que quien ejercer control es SALUDCOOP EPS y no CAFESALUD. En síntesis solicita que se absuelva a CAFESALUD de las pretensiones incoadas por el demandante.

DEMANDANTE.: Manifiesta que se debe condenar a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, ya que todas las entidades actuaron de mala fe; que la prescripción debe revocarse, ya que al presentarse la demanda en los tres años de que trata el artículo 488 del CST, ninguna de las obligaciones se encuentra prescrita.

IAC ACCIÓN Y PROGRESO.: Solicitó que se confirme la decisión de instancia en el sentido de absolverla de todas y cada una de las pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Se desvirtúa la existencia de relación laboral entre el demandante e IAC GESTION ADMINISTRATIVA?

(ii) ¿Se configura la unidad de empresa entre IAC GESTION ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP EPS OC en Liquidación? En caso positivo ¿Se logra extender la misma con CRUZ BLANCA EPS y CAFESALUD EPS?

(iii) ¿El proceso de liquidación de IAC GESTION ADMINISTRATIVA lo coloca en el estadio de la buena fe, y en ese orden, no hay lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST?

(iv) ¿SALUDCOOP EPS OC, CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS son responsables solidarias de las condenas impuestas a IAC Gestión Administrativa en Liquidación?

Existencia de la relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que IAC GESTION ADMINISTRATIVA rebate la existencia de la relación laboral

con fundamento en que el auditor médico no es un cargo que se requiera de manera continua al servicio de la empresa y que los servicios prestados fueron a favor de SALUDCOOP EPS, ejerciendo IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA solo como outsourcing de nómina.

Ab initio, considera la Sala que el argumento expuesto no tiene vocación de prosperidad, pues como bien lo concluyó el a quo, con las documentales arrimadas el demandante logró demostrar la prestación del servicio, generando la presunción de que trata el artículo 24 del CST, y en esa medida le competía a IAC GESTION ADMINISTRATIVA derruirla de **manera fehaciente**, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la existencia de una subordinación jurídica (SL11977-2017).

En el sub examine, tal cometido no se logra por parte de IAC GESTION ADMINISTRATIVA, ello debido a que la alzada no pasa de ser una manifestación genérica sin ningún soporte acreditativo. Además no puede pasarse por alto que para arribar a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo, el juez primigenio tuvo en cuenta la documental de folios 571, 573 a 579, que corresponden a certificados laborales de tiempo de servicio y salario, debidamente rotulados por GESTION ADMINISTRATIVA, de cuyo contenido se infirió la acreditación de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, considerando la Sala, correcta la apreciación del a quo sobre esta prueba documental, dado que con la única testimonial recaudada no se logra extraer información que permita declarar la relación laboral con alguna de las EPS accionadas, pese a que en efecto la prestación del servicio fue a favor de las mismas. En ese orden, la actividad probatoria para desvirtuar la existencia de la relación laboral con IAC GESTION ADMINISTRATIVA debía ser sólida, pero se itera, tal entidad solo se limitó a negar su existencia sin traer al juicio ninguna prueba demostrativa, llámese documental, testimonial o cualquier otra.

Por el contrario, las certificaciones laborales dan cuenta que el señor ADALBERTO MARIMON PEREZ laboró para IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 18 de mayo de 2016, mediante un contrato a término indefinido en el cargo de AUDITOR MEDICO, contenido del cual no es posible apartarse, pues refleja de manera inequívoca la existencia del contrato de trabajo con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

En refuerzo de lo anterior, ha de memorarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *"los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»*" documento frente al cual *"el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)"* (SL-2600-2018), es decir, que los hechos contenidos en documentos emanados del empleador se tienen por ciertos, salvo que obre prueba en contrario, prueba que como se advirtió, brilla por su ausencia en la presente litis.

Esta situación lleva a la Sala a darle total credibilidad y certeza a la documental de folios 571, 573 a 579, no solo por su contenido explicito, sino también porque logra corroborarse con la información contenida en la liquidación final de prestaciones.

Unidad de empresa

Para el efecto, conforme lo señalado en el artículo 194 del CST subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 dispone que aquella se entiende como "*toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio"*. En este caso, para su existencia se debe acreditar el predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas similares, conexas o complementarias.

En lo que atañedero a este punto, la Sala trae a colación la sentencia SL109-2018 en la que se perseguía la declaratoria de unidad de empresa entre SALUDCOOP EPS OC y el Instituto Auxiliar de Cooperativismo GPP Saludcoop, en la cual luego de hacer referencia a los requisitos configuradores de la unidad de empresa concluyó que no había lugar a declararla, dado que no se demostró el elemento esencial del predominio económico o relación de dependencia económica. Sobre tal aspecto precisó:

> *"Es necesario que exista subordinación de carácter económico de la Corporación IPS Saludcoop Huila y del Instituto Auxiliar de Cooperativismo GPP Saludcoop respecto de Saludcoop EPS OC, y que ésta última tenga participación accionaria en las pretendidas filiales, elementos que no son informados en los correos electrónicos que se mencionaron, y de los certificados de existencia y representación legal de cada sociedad, no se puede establecer que en la composición accionaria de éstas últimas, sea parte la EPS demandada.*
>
> *No es una subordinación administrativa únicamente en cuanto a la vinculación o desvinculación de personal la que se requiere, sino que debe evidenciarse una dependencia de carácter monetario o de capital respecto de la sociedad principal, para que pueda hablarse de la existencia de una única unidad de explotación económica".*

En esas condiciones, para dar lugar a la declaratoria de unidad de empresa se requiere, no sólo demostrar la existencia de varias empresas, sino que las actividades de todas sean similares, conexas o complementarias[1], y que éstas s encuentren subordinadas a una principal que predomina económica, financiera y administrativamente sobre todas las demás, en tanto lo que se pretende con ello es desintegrar la apariencia de varios dueños, la cual se genera con la constitución de diferentes sociedades, que jurídicamente son personas distintas de los socios, ocultando la verdadera realidad económica en perjuicio de los trabajadores vinculados a ellas.

Descendiendo al caso de marras, de las probanzas arrimadas al plenario y en consonancia con lo señalado por el a quo, se advierte que si bien los certificados expedidos por la Cámara de Comercio, informan la configuración de una situación de control sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (Fol. 31 vuelto), ejercida por la sociedad Saludcoop EPS en liquidación (matriz) bajo la forma de grupo empresarial, ello por sí solo no configura la unidad de empresa, ya que "no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral" (SL6228-2016).

[1] Cfr. Sentencia C-1185 del 13 de septiembre de 2000 de la Corte Constitucional con ponencia de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

Precisado lo anterior, en lo que respecta al predominio económico o relación de dependencia económica, considera la Sala que en el caso que aquí nos ocupa se encuentra debidamente acreditado, pues baste con hacer referencia a la documental que descansa a folios 204 a 210, en la que se aprecia el acta de constitución de la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa, compuesta de la siguiente manera:

No	NOMBRE ASOCIADO	APORTE SOCIAL
1	SaludCoop EPS OC	$ 7.000.000
2	CTA Efectiva	$ 1.000.000
3	IAC Acción y Progreso	$ 2.000.000
TOTAL		$10.000.000

De manera cristalina se aprecia el predominio económico de SALUDCOOP EPS OC sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, pues ello se infiere no solo por ser el accionista mayoritario con el 70% del aporte social, sino también porque en la resolución No 20161400007565 del 14 de diciembre de 2016 (Fols. 287 a 301), mediante la cual se declaró la liquidación forzosa de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA se extrae que SALUDCOOP EPS OC ejercía control administrativo, pues no de otra manera se dice: *"(…) los miembros del consejo de administración y gerencia no tenían control en el manejo de personal. Así, se denota que la organización tampoco ejercía control ni tenia autonomía en lo que se refiere al proceso de contratación de sus empleados con sus clientes, como quiera que se trataba de acuerdos informales entre gerentes de las organizaciones contratantes"*, lo que denota que en efecto SALUDCOOP EPS OC a las claras ejercía control financiero y administrativo sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Para reforzar lo anterior, en sentencia SL6228-2016, con apoyo en una decisión del Consejo de Estado, sentencia de la Sec. Segunda del 8 mar. 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), al respecto se dijo:

> *"Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (…)* ***se requiere que aquella posea más del 50% del capital*** *y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas"* (negrilla fuera del texto).

Ahora, sobre el requisito de que *"Además, también se debe demostrar la ejecución de actividades similares, conexas o complementarias"* (SL109-2018), acota la Sala que al contrastar el objeto social de SALUDCOOP EPS OC (Fol. 94 a 195) con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (Fol. 25 a 32), guardan relación en actividades conexas y complementarias, pues mientras la primera hace referencia a "*la afiliación y registro de los afiliados del sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones (…). Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados (…)"*, la segunda sociedad contiene en su objeto lo siguiente: *"siendo su objeto la prestación de todos los servicios de gestión administrativa (…) y en especial las que las entidades promotoras de salud deban adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público en salud de sus afiliados".*

Ello así, aprecia la Sala que no fue equívoca la decisión a la que arribó el juez de instancia, precisando desde ya que no sale avante la alzada propuesta por el apoderado judicial del demandante en solicitar que se declare la unidad de empresa con CAFESALUD EPS y

CRUZ BLANCA EPS, ello por dos razones, primero, porque si bien es cierto la prestación del servicio del demandante fue para tales entidades, esa mera circunstancia no configura de la unidad de empresa, y en segundo lugar, porque en la constitución de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA dichas sociedades no son accionarias o fundadoras, con lo cual no se puede determinar su participación en el capital social de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. Asimismo, el solo hecho de que aquellas entidades hagan parte del grupo empresarial de SALUDCOOP EPS OC, no es suficiente para extender la unidad de empresa a tales entidades, ya que no se encuentra demostrado el predominio económico o relación de dependencia económica de tales entidades con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Indemnización moratoria

Lo primero que se debe precisar es que, respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no existen reglas absolutas ni esquemas preestablecidos, así como tampoco puede imponerse de manera automática o mecánica, sino que debe determinarse en cada caso concreto, y sopesada para el momento en que incurrió en mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, esto es, en el momento de la terminación del contrato de trabajo (Criterio adoctrinado en sentencias con radicado No 32529 del 2009, radicado No 34778 de 2010, SL360-2013, SL485-2013, SL10551-2015, y SL16884-2016).

Ahora, también la Corte en múltiples oportunidades se ha pronunciado frente al escenario en donde las sociedades se enfrentan a un proceso de reorganización, reestructuración económica o liquidación, para lo cual razona que dicha situación debe ser evaluada por el juez laboral (CSJ SL16280-2014), y que no basta con demostrar que la entidad se sometió al proceso de reorganización o liquidación, sino que en todo caso se debe evaluar la conducta del empleador, pues incluso en el proceso de reorganización económica puede incurrir en actos contrarios a la buena fe, que le hacen merecedor de tal sanción (CSJ SL, 3 jun. 2009, rad. 33648; CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288).

Conforme los anteriores basamentos jurisprudenciales, descendiendo al caso de autos, tenemos que es ajeno al debate la terminación del contrato de trabajo a partir del 18 de mayo de 2016, tal y como lo determinó el fallador de instancia.

Así mismo, lo relativo a la omisión en el pago de las acreencias laborales pretensas que quedaron debidamente resueltas con la sentencia de primera instancia, quedando para el estudio de esta Sala la pretensión de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales al momento de la terminación del contrato, pues el cognoscente de instancia fulminó condena bajo el razonamiento de que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA no justificó su omisión en el pago, ni tampoco obran en el expediente actos que lo coloquen en el plano de la buena fe.

Considera la Sala que en efecto le asiste razón al a quo en la medida en que la liquidación forzosa ordenada por la Superintendencia de Economía Solidaria mediante resolución No 20161400007565 de 2016 fue a partir del 14 de diciembre de dicho año, y el finiquito del contrato de trabajo acaeció el 18 de mayo de 2016, por tanto, no puede IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA apelar a hechos posteriores al finiquito laboral para justificar su omisión en el pago de la liquidación final de prestaciones al actor, pues entre las dos datas mencionadas transcurrieron cinco meses, razón más que suficiente para confirmar la decisión de instancia.

Ahora, en lo que si cometió un dislate el juez de instancia es en haber limitado la indemnización moratoria hasta el 14 de diciembre de 2016, pues si bien es cierto en aquella data se ordenó la liquidación forzosa de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ello no coloca a la entidad en el plano de la buena fe, ya que las acreencias laborales del actor no se han pagado, y ni siquiera se evidencia que hagan parte del trámite de la liquidación forzosa, ello por cuanto la entidad demandada aduce que al interior de la entidad se perdió la documental o que no tiene acceso a ella.

Nótese que si bien la jurisprudencia en esta clase de eventos ha delineado que la indemnización moratoria puede limitarse hasta la fecha en que se admite el trámite de reorganización empresarial, en tanto que a partir de esa fecha se nombra al agente promotor sin que pueda a su arbitrio cancelar acreencias laborales (Radicado No 34107 del 5 de mayo de 2009), lo cierto es que, cada caso se debe estudiar de manera particular, en tanto que a pesar de adelantar con posterioridad a la terminación del contrato algún evento de reorganización, liquidación o proceso de insolvencia, puede continuar la entidad obrando de mala fe al no honrar el pago de las prestaciones en el tramite liquidatario, de reorganización o insolvencia (SL16280-2014).

En aquella oportunidad dijo la Corte:

> *"No obstante, conviene precisar que si existen mecanismos legales a los cuales puede acogerse la empresa demandada con posterioridad a la terminación del contrato, que puedan favorecerla para el pago de las deudas, dicha situación es un aspecto a tener en cuenta para efectos de establecer la buena fe en su proceder y poner límites a la condena por este concepto; pero, para ello, no basta con que se pruebe que se acogió a tal mecanismo, sino que es menester acreditar, por parte del empleador, que cumplió a cabalidad con las cargas establecidas en dicho proceso para probar su buena fe".*

Así las cosas, en el sub examine cumple relievar que no existe discusión frente a la asignación mensual devengada, esto es, la suma de $4.387.800 mensuales (Fols. 571), y en tal sentido, como el finiquito de la relación laboral sucedió el 18 de mayo de 2016 y la acción judicial se instauró el 19 de abril de 2017 (fol. 583), es decir, dentro de los 24 meses, la condena será de un día de salario por cada día de retardo, esto es, $146.260 desde el 18 de mayo de 2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

De lo que viene dicho, la Sala modificará esta condena, ya que fue punto de apelación por parte del actor.

Prescripción

De conformidad con el artículo 488 del CST y artículo 151 del CPTSS, el primero relativo a los derechos sustantivos del trabajo, y el segundo con las acciones del proceso laboral, se aprecia que consagran un término de tres años para que opere la prescripción, término que empieza a contabilizarse desde la "exigibilidad" de la obligación (SL4222-2017).

El apoderado judicial de la parte activa aduce que ningún concepto se ve afectado por el fenómeno prescriptivo, en tanto que presentó la demanda dentro de los 3 años con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, lo que a juicio de la Sala es equivocado, ya que tal como a bien tuvo el a quo considerarlo, la prescripción de las

acreencias laborales que deben reliquidarse a causa de tener como salarial el auxilio de rodamiento, solo se interrumpió con la presentación de la demanda a falta de reclamación, además el auto admisorio se notificó en el año siguiente a las partes demandadas de conformidad con el artículo 90 del CPC, hoy 194 del CGP.

El solo hecho de haber interpuesto la demanda en los tres años siguientes a la terminación del vínculo laboral no conlleva a considerar que no opera el fenómeno prescriptivo de las prestaciones o acreencias causadas en vigencia de la relación laboral, ya que olvida el actor el concepto de exigibilidad contenido en los artículos 151 CPTSS y 488 del CST, momento a partir del cual cuenta con 3 años para reclamar judicialmente el derecho.

En el sub lite se reclaman algunas acreencias de carácter periódico o de tracto sucesivo, como es el caso de las diferencias por concepto de salarios y prestaciones sociales derivadas de la reliquidación al tener como factor salarial el auxilio de rodamiento, diferencias que solo fueron solicitadas con la presentación de la demanda, por ende, ninguna equivocación puede endilgarse al juez de primer grado sobre la aplicación del fenómeno jurídico de la prescripción.

En lo que respecta a las vacaciones y cesantías, las mismas se encuentran ajustadas a derecho, pues en el caso de las vacaciones fueron liquidadas teniendo en cuenta que su exigibilidad empieza a correr un año después de su causación (Numeral 1 Artículo 187 CST), y en el caso de las cesantías se liquidó por todo el tiempo laborado, en razón a que se hacen exigibles desde la finalización del contrato de trabajo, lo que se acompasa con el criterio que sobre el tema ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia de radicado No 30.437 del 2011, y SL467-2019, entre otras.

Apelación genérica

Debe precisar la Sala que con la simple manifestación genérica del apoderado del demandante según la cual apela los aspectos donde no hubo condena, no habilita a la Sala para entrar al análisis de pretensiones que pudieron haberse esgrimido en la demanda y que no fueron objeto de condena, pues en la alzada se exige una exposición clara y suficiente de las razones fácticas y jurídicas por las cuales se considera errada la decisión del juez primigenio y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, donde señaló:

> *"no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada".*

Solidaridad de SALUDCOOP EPS

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL13686 del 2017, acerca de lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio

o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.

2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.

3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante[2]. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en lo que respecta **al primer presupuesto** se encuentra acreditado a folios 422 a 436 y 448 a 462 en la que reposan los contratos de mandato celebrados entre CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS, con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, cuyo objeto genérico es *"realizar las actividades que se encuentren dentro de su objeto social".*

En lo relacionado con el **segundo presupuesto,** precedentemente se dejó sentado que entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en Liquidación y el señor ADALBERTO MARIMON PEREZ se celebró un contrato de trabajo para que éste último ejerciera como "AUDITOR MEDICO", prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS, en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (Fols. 422 a 436 y 448 a 462).

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión, en la que se tiene que la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación, según certificado de existencia y representación legal visto a folios 29 a 32 "*(…) DESARROLLARÁ SU LÍNEA DE ACTIVIDADES POR SERVICIOS DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA, COMERCIAL Y JURÍDICA QUE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEBEN ADELANTAR DENTRO DEL PROCESO DE AFILIACIÓN, RECAUDO, COMPENSACIÓN, CONTRATACIÓN, PLANEACIÓN Y EN GENERAL TODAS LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DESARROLLO DE LA GESTIÓN QUE SE REQUIERA PARA GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A SUS AFILIADOS."*

[2]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por su parte, la sociedad Cafesalud EPS SA, y Cruz Blanca EPS S.A., tiene como objeto social, conforme se observa a folio 34 y 155, respectivamente, *"(…) LA REALIZACIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES PROPIAS DÉ UNA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DENTRO DEL MARCO Y LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY"*, es decir, que conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, particularmente en el artículo 177, su función fundamental es la de organizar y garantizar de manera directa o indirecta, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados. De la misma forma, el artículo 179 ibídem consagra que "*para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos.*" Además, el artículo 180, numeral 4° ordena que la EPS deberá disponer de una organización administrativa y financiera que permita:

> *"a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;*
>
> *b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;*
>
> *c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos."*

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel relacionado con la organización administrativa en la prestación de servicios de salud, que por disposición legal le corresponde a la EPS, en consecuencia, tienen un mismo fin, de ahí que las actividades del contratista no le son ajenas o extrañas a los beneficiarios del contrato de prestación de servicios, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que Cafesalud EPS SA y Cruz Blanca EPS SA en su condición de beneficiarias del servicio, deben responder de manera solidaria por las condenas que se impusieron a Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación, dado que la actividad desarrollada por la contratista cubrió una necesidad propia de la beneficiaria, pues la organización administrativa desarrollada por la primera, directamente está vinculada con la explotación del objeto social de las segundas.

Ahora, cabe aclarar en este punto que para efecto de la solidaridad no se hace necesario acreditar la existencia de la relación laboral o subordinación entre el demandante y las EPS CAFESALUD y CRUZ BLANCA, como erradamente lo infieren las apoderadas judiciales en la sustentación de la alzada, ya que de ninguna manera puede entenderse que el obligado solidario sea considerado como empleador, solo que al configurarse la solidaridad están obligadas a responder por las condenas infringidas al obligado principal o empleador, sin ningún análisis sobre la existencia de la relación laboral con los obligados solidarios.

Respecto a SALUDCOOP EPS OC en liquidación, cumple acotar que ello no es procedente la condena solidaria, ya que sobre tal entidad operó la figura de unidad de

empresa, con el cual puede de manera directa el demandante reclamar las obligaciones insolutas ante tal entidad (SL6228-2016).

Colofón de lo dicho, habrá de impartirse modificación en lo relativo a la indemnización moratoria, confirmando en lo demás la decisión de instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas apelantes y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL CUARTO, LITERAL H,** de la sentencia proferida el 03 de marzo del 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, quedará de la siguiente manera:

> ***"(…)***
>
> ***H.*** *Reconocer y pagar a favor del demandante la indemnización del artículo 65 del CST, liquidada sobre un salario diario de $ 146.260, que corre desde el 18 de mayo de 2016 y hasta cuando se efectué el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".*

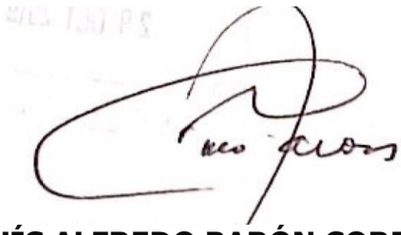
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de las demandadas. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

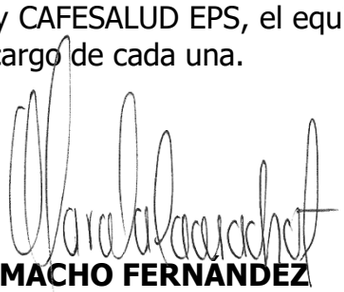


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de las demandadas IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP EPS OC, CRUZ BLANCA EPS, y CAFESALUD EPS, el equivalente a 1/2 del SMMLV, esto es, la suma de $ 454.263, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***VICTOR HUGO PARRA ANTOLINEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-3105-036-2019-00620-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN AUTO Y SENTENCIA***
TEMA:	***AUTO REPRESENTANTE LEGAL e INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO y SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. VICTOR HUGO PARRA ANTOLINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS por el demandante. En consecuencia se declare que este tiene derecho al reconocimiento de la pensión por vejez, además solicita condenar a la AFP Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero que estén en la cuenta de ahorro individual del demandante además de bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc; la actualización de su historial laboral, el registro y activación de la afiliación del demandante; el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, el pago de intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extrapetita y las costas y agencias que en derecho correspondan (fol. 3 y ss).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ha cotizado al ISS, hoy Colpensiones desde el 6 de diciembre de 1986 hasta el 31 de mayo de 1998; que el 18 de mayo de 1998 se afilió a PORVENIR S.A., sin haber recibido información suficiente sobre las desventajas de este régimen; que el 16 de enero de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. la anulación del traslado, siéndole respondida al día siguiente de manera negativa; que el 17 de enero de 2019, radicó ante COLPENSIONES solicitud de retorno a COLPENSIONES, así como también el reconocimiento pensional.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 97); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen efectuado por el demandante se encuentra ajustado a derecho considerando que este se realizó de forma libre y voluntaria. Propone como excepciones de mérito la inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera

del sistema; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica.(fol. 103 y ss).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones solicitadas dentro del libelo de la demanda argumentando que la afiliación efectuada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, por lo que a consideración de la AFP no es procedente la declaración de la nulidad del traslado y de igual manera no procede tampoco la ineficacia por considerar que no existieron actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social, además manifiesta que el demandante realizó aportes de manera voluntaria y continua por un periodo mayor a 18 años, por lo que considera que no existieron vicios del consentimiento. Esgrime como excepciones de mérito la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (004 ED, 1 - 46).

5. Decisión auto representación legal.

La a quo, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y la SS, celebrada el 18 de marzo de 2021, se abstuvo de tener al señor Daniel Rendón como representante legal de la demandada Porvenir S.A., ello con base en que se allegó la Escritura Pública 0885 del 28 de agosto del año 2020 de la Notaria 65 del Círculo de Bogotá, en donde se enuncia una serie de personas, donde se les confiere poder especial, calidad que no lo acredita como representante legal de PORVENIR S.A.; igualmente el señor Daniel Rendón no se encuentra inscrito en la Cámara de Comercio como representante legal de PORVENIR S.A., tal como el mismo lo manifestó.

5.1 Apelación. Inconforme con la decisión el apoderado judicial de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación argumentando que el análisis realizado frente al otorgamiento de la representación legal corresponde a criterios de una norma especial, donde a consideración del impugnante no existe ningún apartado del CPT que mencione que el representante legal deba estar registrado en la Cámara de Comercio o en el certificado de la SIF, que para la audiencia que trata el artículo 77 del CPT debe comparecer el representante legal y pone en consideración que en ningún momento se está exigiendo un protocolo referente a lo anterior; sostiene que lo referido a la posible representación judicial o legal por remisión analógica al CGP en su artículo 64 y 70 haciendo referencia a las facultades que se pueden otorgar mediante escritura pública y que esta última es más que suficiente y clara al mencionar las facultades que se le están otorgando y por lo que en consideración del recurrente este se trata de un poder especial.

5.2 Alegatos auto: En la oportunidad legal PORVENIR S.A. allega alegatos de conclusión frente al auto; no obstante, su argumentación va dirigida a la decisión respecto a la declaratoria de ineficacia, y no en lo relativo al auto censurado.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; Ordenó a Porvenir S.A. reintegrar a colpensiones de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración; Ordenó a Colpensiones a aceptar al actor en el RPMPD, reactive su afiliación sin

solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme a los dineros trasladados por Porvenir S.A.; Declaró que el demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez a cargo de Colpensiones; Ordenó a Colpensiones que en un plazo máximo de 6 meses reconozca y pague en favor del actor la pensión de vejez, debiendo aplicar como IBL el mas favorable que resulte de comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o el toda la vida laboral, debidamente indexados, la pensión del actor se podrá conceder por 13 mesadas al año, estando autorizada Colpensiones para deducir lo correspondiente a pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente negó las demás pretensiones de la demanda.

La decisión del Juez se basó en la constitución política de Colombia por medio de la cual se establece la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio y en consecuencia acoge la postura de la CSJ respecto de obligaciones y deberes que tienen los fondos de pensiones relacionados con el deber de información además de hacer énfasis en la línea jurisprudencial relativa a la elección libre y voluntaria de cualquier régimen pensional teniendo en cuenta que al ciudadano no se le puede brindar cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada.

Que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su situación pensional. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones las cuales debe devolver de su propio patrimonio y esto no implica un detrimento de la sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones ya que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en reglas del RPMPD.

Consideró que en esta clase de procesos no aplica la prescripción, dado que se trata de un asunto donde se encuentra inmersos derechos de carácter fundamental que tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles como el derecho a pensionarse, y así lo ha decantado la Corte en sentencia SL 1421 de 2019.

Seguidamente hizo el estudio de la pensión de vejez, estableciendo que el actor acredita los requisitos exigidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 795 de 2003, esto es, haber cumplido 62 años y tener un número mínimo de semanas cotizadas de 1300. El primero de los requisitos lo cumple al haber nacido el 25 de enero de 1956, y el segundo se constata con la historia laboral, donde cuenta con 1.599,14 semanas.

Frente a la manera como deberá realizarse dicho reconocimiento, esgrimió que, una vez que efectivice la devolución de aportes a cargo de Porvenir S.A a Colpensiones, esta última procederá a reconocer y pagar en un plazo máximo de 6 meses en favor del actor la pensión de vejez, para lo cual, debe liquidar el IBL de los últimos 10 años y el de toda la vida laboral, escogiendo el más favorable, ello con fundamento en el artículo 21 de la ley 100 del 1993. Respecto al disfrute pensional adujo que será necesario la observación del artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, que indica que el actor se debe encontrar desafiliado del sistema, igualmente como la pensión se causa con posterioridad al 31 de julio de 2011, se reconocerá sobre 13 mesadas al año,

atendiendo a las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005. Autorizó a Colpensiones a deducir lo correspondiente al pago de aportes a sistema general de Seguridad Social en salud. No dispuso el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 como quiera que ninguna morosidad se puede atribuirle a Colpensiones, a quien solo a partir de la ejecutoria de esta decisión y previo el cumplimiento de la condición establecida a cargo de PORVENIR S.A. le nace la obligación de reconocer y pagar la pensión al demandante.

Finalmente, condenó costas exclusivamente a cargo del Porvenir S.A.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. <u>PORVENIR S.A</u>: Interpuso recurso de apelación manifestando que no se puede dar aplicación automática a la línea jurisprudencial en sede de casación laboral en tanto no se presentan los mismos supuestos facticos.

Que, si bien no se desconoce el deber de información para el año 1998, no puede hacerse extensivo a esa fecha en la forma ahora exigida por vía jurisprudencial; que al momento del traslado el demandante no renuncio a ningún beneficio pensional que conllevara a determinarse que se generó un perjuicio o se le faltó al deber de información; que el actor firmó el formulario de vinculación donde expresa su voluntad, el cual cumple con los criterios del Decreto 692 de 1994.

Frente a los gastos de administración considera que se desconoce las facultades que le otorga la ley 100 de 1993 a las administradoras de pensiones, en su artículo 13 y 20, ya que estos son cobros por la administración que fue desempeñada de buena fe y que fue destinada a las primas de seguro por invalidez y sobrevivencia.

Frente a la prescripción considera que la línea de argumentación o motivación que realizan las Cortes es frente a la imprescriptibilidad de un derecho constitucional como lo es el derecho a la pensión de vejez, pero no soporta la misma argumentación en el caso de los gastos de administración y, por ende debe darse la aplicación de la excepción de prescripción.

6.2. <u>COLPENSIONES</u>: Interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia teniendo en cuenta que el deber de información que se le exigía a las AFP ha variado con el tiempo y para la época que se efectuó el traslado no se exigía hacer comparaciones o simulaciones, siendo la firma del formulario suficiente y completamente válida; solicita se considere que el demandante para esa fecha no tenía una expectativa legitima de pensionarse con Colpensiones pues para el 1 de abril de 1994 tenía 38 años de edad y 375 semanas cotizadas, faltándole un aproximado de 1000 semanas de cotización para adquirir el derecho.

Además, expone que, de existir nulidad del traslado, la misma se encuentra subsanada por el paso del tiempo ya que el demandante estuvo en el RAIS por varios años antes de estar inmerso en la prohibición de la ley 797 del año 2003. Finalmente, cuando el fondo privado haga la devolución de todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones al tener que reconocer la prestación pensional. Finalmente, menciona que debe darse aplicación de la sentencia SL373-2021, frente a la imposibilidad de la ineficacia en tratándose de pensionados, haciéndola extensiva a quienes ya tienen causados los requisitos para pensionarse.

7. alegatos sentencia:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que la parte demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS con la suscripción del formulario de vinculación, situación que se ratificó en el interrogatorio de parte; que para el año de 1998 no existía la obligación de efectuar proyecciones; que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado ya que está a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de declararse la ineficacia del traslado, solo será procedente estudiar el reconocimiento pensional una vez reciba los conceptos de la AFP, así como tampoco sería dable el pago de intereses moratorios.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia, además que la Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencias de casación favorables donde se concede la ineficacia del traslado, igualmente que se confirme el reconocimiento pensional dispensado al demandante.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con los términos del recurso interpuesto y de conformidad con el numeral 2 del artículo 65, y 66A del CPTSS, la Sala se estará a los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado, con respecto a la sentencia de primera instancia.

EN LO RELACIONADO CON EL AUTO – REPRESENTACION LEGAL

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico:** ¿Es suficiente con la firma de una escritura pública para considerar a una persona representante legal de una entidad sin que esta esté inscrita en el registro mercantil, cámara de comercio o certificado de la SIF?

De conformidad con el artículo 77 del CPTSS para que sea efectiva la audiencia de conciliación se necesita la comparecencia de las partes, incluidos los representantes legales de aquellos que actúen como personas jurídicas, con o sin apoderado, bajo tal

entendido es indispensable acreditar la calidad de representante legal, pues son las partes quienes tienen la capacidad para comparecer al proceso y de conciliar, lo cual se acompasa a lo señalado en el artículo 54 del CGP, que establece la comparecencia de las personas jurídicas por intermedio de representante legal o apoderados generales debidamente inscritos.

Mediante la escritura pública No. 00885 del 28 de agosto del año 2020 ante la Notaría 65 del Círculo de Bogotá, específicamente en la naturaleza del acto se estipuló "LA REVOCATORIA DE PODER ESPECIAL Y OTORGAMIENTO DE PODER ESPECIAL", vale decir, revocatoria de los poderes especiales y generales otorgados a las personas que se mencionan en la escritura pública No. 0275 del 25 de febrero de 2020 de la misma notaría por medio de la cual se deja sin valor y sin efecto alguno (clausula primera), y por otra parte, el otorgamiento de poder especial en favor de DANIEL RENDON ACEVEDO (Clausula segunda) en el que figura en el puesto No. 54, acto al que compareció la señora SILVIA LUCIA REYES ACEVEDO, quien en esa ocasión obró como vicepresidenta jurídica. (ED 012. Fol 1-27)

Así mismo se estipula en el mismo instrumento público que "*Así como a los Gerentes, Administradores y/o Subgerentes Administrativos y de servicio de las sedes regionales de PORVENIR S.A., quienes se encuentran inscritos en Cámara de Comercio de sus respectivas ciudades, para representar a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ante las autoridades judiciales y administrativas, con la facultad general para actuar bajo los parámetros del artículo 74 del Código General del Proceso, en las audiencias de conciliación y de trámite de que tratan los artículos 77 y 80 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social…"*

La expresión "quienes" involucra solo a estos dignatarios de la sociedad compareciente y no los profesionales del derecho relacionados. Allende que aquellos no necesitan de poder especial para ejercer sus funciones de representación legal y judicial de la entidad, pues por detentar tales cargos en la sociedad demandada por estatutos la tienen.

Ello así, la representación legal del ente accionado, está a cargo del Presidente y del Vicepresidente que para el efecto designe la Junta Directiva de manera indefinida, pudiendo ser removidos en cualquier tiempo, al tiempo que son funciones de los representantes legales: literal: *a) "Usar la denominación social y ejercer la representación legal y además representar judicial y extrajudicialmente a la compañía, ante cualquier autoridad o persona natural o jurídica , con facultades para novar, transigir, comprometer y desistir y para comparecer en juicios en que se dispute la propiedad de bienes o derechos sociales".*

Por lo que, si es voluntad de la Junta Directiva del ente accionado constituir otro representante legal de la entidad, debe reformar sus estatutos mediante escritura pública e inscribirla en la Cámara de Comercio como sociedad anónima que es y en la Superintendencia Financiera de Colombia, al igual que el nuevo dignatario, tal como lo establece el artículo 158 del Código de Comercio, siendo que el profesional DANIEL RENDON ACEVEDO no acreditó tal condición.

Así mismo, se hace necesario referirnos a la sentencia C- 621 de 2003, que revisó la constitucionalidad de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio referentes a la inscripción de los representantes legales en el registro de la Cámara de Comercio, en torno de la cual, asienta que:

"La necesidad de que cada sociedad tenga definido quién ejercerá su representación legal y en qué condiciones lo hará estriba en que, como personas jurídicas y entes colectivos que son, requieren de un órgano llamado a expresar la voluntad societaria, a través del cual puedan actuar en el mundo jurídico adquiriendo derechos y obligaciones para el logro de su objeto social. Frente a terceros y aun frente a los mismos socios, la sociedad no podrá celebrar contratos, adquirir obligaciones o responder jurídicamente sino a través de su representante legal.

Ahora bien, especial importancia reviste la representación legal respecto de la posibilidad que tiene la sociedad de comparecer en juicio como demandante o demandada. En efecto, de acuerdo con las normas procesales, las sociedades, como personas jurídicas que son, comparecen al proceso por medio de sus representantes legales. Dentro de los requisitos de toda demanda incoada por o en contra de una persona jurídica, es menester señalar el nombre y domicilio de su representante legal y acompañar la prueba de tal representación, que en el caso de las sociedades comerciales es el certificado expedido por la cámara de comercio sobre lo anotado en el registro. Este certificado de existencia y representación legal, ha dicho esta Corporación, "es prueba necesaria para acreditar la representación legal de una persona jurídica privada. La calidad de representante legal de una persona jurídica no se puede probar a través del medio que libremente se escoja."

Del mismo modo, en la sentencia T- 382 de 2002, frente a la representación legal de una entidad de derecho privado, la Corte Constitucional, precisó: *"El certificado de existencia y representación legal es prueba necesaria para acreditar la representación legal de una persona jurídica privada. La calidad de representante legal de una persona jurídica no se puede probar a través del medio que libremente se escoja. Se trata de una prueba solemne sin la cual no se tendrá acreditada la facultad para obrar en nombre de la sociedad".*

Colofón de lo dicho, se tiene que es acertada la decisión de instancia, dado que no logra el señor DANIEL RENDON ACEVEDO acreditar la calidad de representante legal de PORVENIR S.A., y en ese orden, habrá de impartirse confirmación del auto apelado.

EN LO REFERENTE A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** (i) ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿La falta de información se sanea por el transcurso del tiempo?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? (viii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento pensional a la parte actora?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde **su ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor VICTOR HUGO PARRA ANTOLINEZ, cotizó al ISS entre el 06 de octubre de 1986 y 31 de mayo del año 1998 conforme aparece en la historia expedida por colpensiones (Fol. 88) y posteriormente el 18 de mayo del año 1998 hace el traslado a PORVENIR S.A conforme al formulario anexo (Fol. 57) sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo

desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PORVENIR S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Sobre el argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, cumple acotar que, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Víctor Hugo Parra Antolinez haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra

a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en este tópico, y se confirma la decisión de instancia en este ítem, ya que la decisión congloba manera expresa las **conceptos** aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado

estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliad, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Reconocimiento pensional

Para resolver este punto, baste con traer a colación la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que la Corte expresó que al declararse la ineficacia del traslado: *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida".*

Ahora, colige la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 01 de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad, ya que acreditaba 38 años, por haber nacido el 25 de enero de 1956 (fol. 41 Exp. Digital Archivo No 1), así como tampoco contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que incluso para la fecha de traslado solo acredita aproximadamente 585.14 semanas (fol. 42 Exp. Digital Archivo No 1), y por lo tanto, no es beneficiario del régimen de transición, debiendo estudiarse la prestación con la ley 100 de 1993.

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) Edad

El demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 25 de enero del 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1956, como da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía de folio 41.

ii) Semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1567 semanas, según el reporte hasta el 17 de enero de 2019 (Fol. 46). Por tanto, no queda duda que causó la prestación el 25 de enero de 2018, fecha de cumplimiento de la edad mínima exigida.

(iii) Ingreso base de liquidación

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicarse la fórmula contemplada de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de

1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 para establecer la tasa de reemplazo.

Ahora, para la correcta aplicación de la fórmula matemática atrás aludida, es preciso tener en cuenta lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, la que ha enseñado a liquidar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, en cuyos apartados pertinentes apunta:

> *"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en $4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a $497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio"* (SL3785-2019).

iv) Disfrute pensional

Respecto del disfrute pensional, establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a su disfrute, siendo que en el sub lite la prestación económica debe quedar condicionada a la acreditación del retiro definitivo del sistema general de pensiones, última cotización al sistema o desafiliación definitiva, ya que de la historia laboral de cotizaciones se desprende que sigue laborando, e incluso en el interrogatorio de parte confesó que se encuentra "empleado" para la empresa "WSP COLOMBIA"

De igual manera, el reconocimiento pensional deberá dispensarse con 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Finalmente, en lo atinente a que el reconocimiento pensional quede supeditado al pago o traslado de los aportes por parte de PORVENIR S.A. hacia COLPENSIONES, importa acotar por la Sala que, de conformidad con el artículo 2° del CGP, se debe garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de quien reclama su reconocimiento en la instancia judicial, y por ello, dejar condicionado el reconocimiento pensional hasta que se traslade los aportes y demás conceptos por parte de la AFP, sería tanto como desconocer el derecho a la seguridad social y el disfrute efectivo de la prestación económica luego de haber cumplido con creces la densidad cotizacional, además que, una vez declarada la obligación a cargo de la AFP, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a cargo de PORVENIR S.A., cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro; no obstante, como tal punto no fue objeto de apelación por la parte interesada, es decir el demandante, y en todo caso el término de 6 meses a que aludió la a quo, es un término prudencial para que proceda PORVENIR S.A. a cumplir la orden judicial, considera la Sala que no hay lugar a modificar la decisión de instancia, impartiendo su confirmación.

De lo que viene dicho, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado en lo relativo a la ineficacia del traslado y sus consecuencias, incluido lo que respecta al reconocimiento pensional, como quedó explicitado atrás.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. (incluyendo la apelación del auto) y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** el **auto y la sentencia** proferida el 18 de marzo del 2021, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

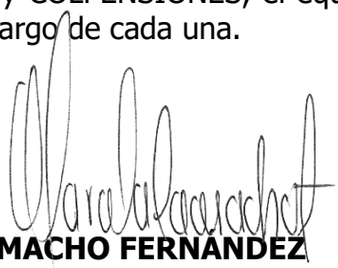
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LILIA MARIA BUSTAMANTE LOPEZ***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES y OTRO.***
RADICACIÓN: ***110013105-029-2019-00614-03***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora LILIA MARÍA BUSTAMANTE LOPEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo de la diferencia existente entre la pensión reconocida a través de resolución 1299 del 2010 y la pensión reajustada a través de resolución 76000 del 2014, los intereses moratorios, la indexación, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 1299 del 24 de mayo de 2010, le fue reconocida la pensión de jubilación por valor de $2.803.469; que mediante resolución GNR 23256 del 4 de marzo de 2013 COLPENSIONES le negó la pensión de vejez compartida, ante lo cual interpuso recurso de reposición, y el mismo fue desatado a través de resolución GNR7600 del 08 de marzo de 2014, revocando la resolución GNR 23256 del 4 de marzo de 2013, reajustando la mesada pensional al 27 de junio de 2010, en la suma de $ 3.440.791; que COLPENSIONES mediante resolución GNR125683 del 9 de abril de 2015, resolución GNR272291 del 4 de septiembre de 2015, resolución GNR348852 del 5 de noviembre de 2015, y resolución GNR29763 del 27 de enero de 2016, negó el retroactivo pensional reconocido en la resolución GNR7600 del 08 de marzo de 2014 (Fols. 37 a 45)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 47); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, por regla general deben girarse los retroactivos generados por pensiones de vejez de carácter compartido a la entidad jubilante, en este caso al Instituto de los Seguros Sociales hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, buena fe, y declaratoria de otras excepciones (Fols. 52 a 55).

UGPP.: Presenta oposición a las pretensiones aduciendo que la entidad no tiene la competencia para declarar dichas situaciones jurídicas, razón por la cual se estará a lo resuelto por el juzgador. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, improcedencia de la indexación, no pago de los intereses moratorios, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la genérica (Fols. 98 a 103)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de mayo de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la suma de $8.813.464 por concepto de indexación del valor del retroactivo generado por COLPENSIONES en la resolución GNR76000 del 8 de marzo de 2014 y el valor reconocido por concepto de retroactivo en la resolución SUB181498 de 2020; asimismo condenó al pago de $4.741.972 por concepto de diferencias generadas entre lo reconocido por el ISS en la resolución No 1299 del 24 de mayo de 2010, por Colpensiones en la resolución GNR76000 del 8 de marzo de 2014, y la suma reconocida en la resolución SUB181498 de 2020, suma que deberá ser indexada; autorizó los descuentos al sistema general de seguridad social en salud; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la UGPP de las pretensiones expuestas en la demanda, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 142 a 143 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión que la actora fue pensionada por parte del ISS empleador conforme resolución No 1299 del 24 de mayo de 2010, a partir del 09 de noviembre de 2009, en cuantía inicial de $2.803.469, y que COLPENSIONES a través de resolución GNR7600 del 08 de marzo de 2014 reconoció la pensión de vejez a partir del 27 de junio de 2010, en cuantía inicial de $3.440.791, con inclusión en nómina en marzo de 2014, cancelando el retroactivo pensional a favor del empleador por tratarse de una pensión de carácter compartida.

Adujo que en la resolución GNR76000 del 8 de marzo de 2014 se estableció que la pensión de vejez es superior a la pensión de jubilación que venía reconociendo el ISS, y por tal motivo, el mayor valor debía habérsele reconocido a la demandante, pues para el año 2010, existe una diferencia por cada mesada de $578.193 entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, y en ese orden, por retroactivo entre el 27 de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2014 le corresponde el valor de $31.353.750; no obstante, como COLPENSIONES en el transcurso del proceso allegó la resolución SUB181498 de 2020, donde le reconoce el retroactivo reclamado por valor de

$29.611.778, persiste una diferencia de $4.747.872, valor que ordenó reconocer por parte de COLPENSIONES, junto con la indexación.

Frente a los intereses moratorios impartió absolución, sin esgrimir razones, y ordenó la indexación de las mesadas que componen el retroactivo pagado en la resolución SUB181498 del 25 de agosto de 2020, por valor de $ 8.813.464, ello con fundamento en que se debe mantener actualizado el valor de la moneda.

Consideró que no operó la prescripción, dado que el reconocimiento pensional fue a través de la resolución GNR76000 de 2014 y la reclamación se presentó el 10 de junio de 2015. Finalmente, impuso costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó apelación la parte demandante y COLPENSIONES.

Demandante.: Propone apelación parcial frente a la absolución de los intereses moratorios, ya que en su sentir si son procedentes, ello en la medida en que está probada la mala fe en las diferentes resoluciones expedidas por COLPENSIONES negando el retroactivo pensional, además que no es razón justificable sustraerse del pago por estar frente a una pensión de carácter compartido, máxime cuando existe un mayor valor a favor de la demandante; que COLPENSIONES de manera arbitraria y unilateral se apropió de los recursos que le pertenecían a la demandante; que COLPENSIONES actuó de mala fe; que en el año 2020 COLPENSIONES procedió a subsanar el error, pero ni siquiera le informó dicha situación al despacho; que se deben incrementar las cosas. En síntesis, solicita que se condenada COLPENSIONES a los intereses moratorios.

COLPENSIONES.: Solicita que se revise el valor del retroactivo generado, ya que considera que lo adeudado por ese concepto solo corresponde a $29.611.778, valor que ya fue pagado por COLPENSIONES; frente a la indexación hace alusión a que no es procedente, ya que los dineros no estaban en su poder, pues fueron girados a la UGPP; que no es procedente la condena en costas, dado que ha actuado con apego a la normatividad y las circulares respectivas.

6. Alegatos de conclusión.

COLPENSIONES.: En la oportunidad legal solicita que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones, ya que actuó conforme a derecho, girando el retroactivo al empleador por tratarse de una pensión compartida, además que las obligaciones del ISS empleador fueron asumidas por la UGPP.

UGPP.: En el término para alegar de conclusión solicitó que se confirme la absolución impartida en primera instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 27 de junio de 2010 hasta el 28 de febrero de 2014? En caso afirmativo (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación?

RETROACTIVO PENSIONAL- INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

No es objeto de controversia que a la actora mediante resolución No1299 del 24 de mayo de 2010 el ISS empleador le reconoció la pensión de jubilación, en cuantía de $2.803.469 a partir del 09 de noviembre de 2009, con carácter compartida con el ISS, hoy COLPENSIONES una vez acreditara los requisitos para optar por la pensión de vejez (Fols. 4 a 9); que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 76000 del 08 de marzo de 2014 reconoció la pensión de vejez en cuantía inicial de $3.440.791, efectiva a partir del 27 de junio de 2010, y que procedió a girar al "ISS PATRONO" como empleador el retroactivo pensional en cuantía de $175.290.276 por concepto de mesadas pensionales entre el 27 de junio de 2010 al 28 de febrero de 2014, siendo entonces objeto de discusión la procedencia o no del reconocimiento del retroactivo pensional a favor de la actora de la diferencia del mayor valor que resultó de la pensión de vejez sobre la pensión de jubilación que venía siendo reconocida por el ISS empleador, y si tal retroactivo debía ser girado al empleador o al demandante.

Es así, como el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, preceptúa que los empleadores que otorguen pensiones de jubilación, *"causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado".*

Al respecto, sobre el tema del retroactivo generado en pensiones compartidas, la Corte Constitucional en sentencia T-042 de 2016, delínea las hipótesis que pueden presentarse bien sea en tratándose del reconocimiento pensional o de su reliquidación como se presenta en el sub examine, de la que conviene resaltar el siguiente apartado: "*En el caso de las pensiones compartidas, como fue el empleador quien pagó al trabajador las mesadas que debieron haber sido asumidas por la administradora de pensiones, que son precisamente los dineros reconocidos a título de retroactivos, es al primero y no al segundo a quien le deben ser reembolsados estos montos".*

Más adelante, precisa el alto Tribunal: *"Si de la reliquidación resultase que la pensión legal es superior a la de jubilación, surge que a partir de ese momento el empleador quedará totalmente subrogado en su obligación de pago y, por otro lado, solo le serán reembolsados los valores efectivamente desembolsados sin justa causa, quedando para el trabajador la porción del retroactivo que hubiere superado los montos pagados por encima de la pensión compartida comprendida en su totalidad".*

Nótese que el ISS empleador de conformidad con la documental allegada en el expediente administrativo (Fol. 7 a 9) venía cancelando la pensión de jubilación completa hasta el 31 de marzo de 2014, fecha a partir de la cual asumió el pago de la pensión de vejez COLPENSIONES tal como se desprende de la Resolución

GNR76000 del 8 de marzo de 2014, en la que discrimina el retroactivo que se giró al empleador, esto es, por valor de $175.290.276 a favor del ISS EMPLEADOR por las mesadas causadas entre el 27 de junio de 2010 al 28 de febrero de 2014, pues a partir del 01 de marzo de 2014 fue incluida en nómina de pensionados.

Ahora, la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES es superior a la que venía reconociendo el ISS empleador, pues para el año 2010 la pensión de jubilación ascendía a $2.859.538, mientras que la pensión de vejez alcanzaba la suma de $3.440.791, por lo que, siguiendo los lineamientos expuestos en la jurisprudencia antes citada, el empleador quedó subrogado totalmente de la obligación a su cargo, pero como reconoció la pensión de jubilación hasta el 28 de febrero de 2014, le correspondería a su favor el reembolso de lo que pagó como pensión de jubilación, pero el mayor valor o diferencia resultante entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez a cargo del ente accionado, debía haberse otorgado a la actora, no obstante, tal como se detalla de la resolución GNR76000 del 08 de marzo de 2014 (fl. 14 a 17), COLPENSIONES giró en su totalidad el retroactivo causado por concepto de pensión de vejez, sin tener en cuenta que el ISS PATRONO como empleador pagó o canceló a la actora un valor inferior por concepto de pensión de jubilación, situación que lleva a determinar la procedencia de la condena impuesta en primera instancia, pues la diferencia pensional objeto de retroactivo entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez le correspondía a la demandante.

En cuanto al cálculo del retroactivo por diferencia pensional, debe tenerse en cuenta que la a quo, estimó que por este concepto arrojaba un valor de $31.353.750 que corresponden a la diferencia por mesadas pensionales causadas del 27 de junio de 2010 hasta el 31 de marzo de 2014, y como quiera que en la resolución SUB181498 de 2020, solo se reconoce la suma de $29.611.778, persiste una diferencia de $4.747.872, por lo cual ordenó su condena; no obstante, aprecia la Sala que la cognoscente de instancia comete un error al calcular las diferencias pensionales, pues no debían extenderse hasta el 31 de marzo de 2014, sino solo hasta el 28 de febrero de 2014, ello en razón a que COLPENSIONES al reconocer la pensión de vejez a través de resolución GNR76000 del 8 de marzo de 2014 liquidó el retroactivo solo hasta el 28 de febrero del 2014, y continuó pagando la prestación completa a partir del 01 de marzo de 2014, no de otra manera puede entenderse el numeral tercero de la citada resolución al expresar que fue incluida en nómina en el mes de marzo de 2014.

Una vez realizados las operaciones aritméticas se encuentra que COLPENSIONES giró al ISS EMPLEADOR por concepto de retroactivo el valor de $175.290.276, valor que solo lo es por las mesadas causadas del 27 de junio de 2010 hasta el 28 de febrero de 2014, como a continuación se detalla:

REAJUSTE PENSIONAL							
Año	**IPC**	**Valor pensión de jubilación**	**Valor pensión de vejez**	**Diferencia mensual**	**# mesadas**	**Total retroactivo diferencia**	**Total retroactivo ISS EMP**
2009	2,00%	$ 2.803.469	$ 0	-$ 2.803.469	0	$ 0	
2010	3,17%	$ 2.859.538	$ 3.440.791	$ 581.253	7,133333333	$ 4.146.269	$ 24.544.309
2011	3,73%	$ 2.950.186	$ 3.549.864	$ 599.678	13	$ 7.795.818	$ 46.148.233
2012	2,44%	$ 3.060.228	$ 3.682.274	$ 622.046	13	$ 8.086.602	$ 47.869.562
2013	1,94%	$ 3.134.897	$ 3.772.121	$ 637.224	13	$ 8.283.915	$ 49.037.579
2014	3,66%	$ 3.195.714	$ 3.845.301	$ 649.586	2	$ 1.299.173	$ 7.690.601

TOTAL	**$ 29.611.777**	**$ 175.290.285**

Conforme con lo anterior, dado que COLPENSIONES erradamente giró el total de la mesada pensional al ISS EMPLEADOR, debiendo solo devolver el monto que venía reconociendo por pensión de jubilación, habría lugar a ordenar el pago de la diferencia pensional que debía ser pagada a la actora por mayor valor, esto es, $29.611.777, y como quiera que este valor es igual al que procedió a pagar COLPENSIONES con la resolución SUB181498 de 2020, que lo fue de $29.611.778, no hay lugar a la condena impuesta por la a quo, debiendo revocarse la decisión de instancia en este aspecto.

Sobre la prescripción de este retroactivo, debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 76000 del 8 de marzo de 2014, procedió a reconocer la pensión de vejez, girando el retroactivo al ISS EMPLEADOR, con lo cual, de allí se hace exigible la obligación, siendo que el 25 de noviembre de 2014 presentó reclamación del retroactivo (Fols. 1 a 4 PDF GRF-AAT-RP2014 CD folio 63), tal como se evidencia en la resolución GNR125683 del 29 de abril de 2015, y la demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2016 (Fol. 33), es decir, sin que entre una y otra fecha pasaran más de los 3 años de que trata el artículo 151 del CPT y la SS, y 488 del CST, razón por la que tal excepción no está llamada a prosperar.

Intereses moratorios

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

> *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora,* ***aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal".*** *(Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a girar el total del retroactivo al ISS EMPLEADOR, cuando lo procedente era solo devolver el valor generado con respecto a la pensión que venía reconociendo como pensión de jubilación, y el mayor valor debía otorgárselo o reconocérselo a la demandante directamente, equivocación que llevó a que en últimas la UGPP que asumió las obligaciones del ISS EMPLEADOR, devolviera o reintegrara a COLPENSIONES el valor de las diferencias pensionales giradas erradamente por valor de $29.611.778, valor que le fue reconocido por COLPENSIONES a la actora en la nómina de septiembre de 2020, y pagada en octubre de 2020 (fol. 136 a 141), y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Importa resaltar que en sentencia T- 1223 de 2003, en tratándose de las pensiones compartidas: *"serán estos dos últimos -el ex empleador y la entidad de seguridad social- los responsables de intercambiar información respecto del nuevo reconocimiento pensional que se ha hecho al beneficiario que viene percibiendo ese mismo pago a cargo del antiguo empleador. Esto les permitirá ajustar las cargas económicas que deben asumir en el pago de las pensiones compartidas, evitando que se presente un doble pago o un pago irregular frente a un único derecho pensional reconocido,* ***y garantizando el pago puntual y completo de la pensión al particular****",* lo que da lugar a la procedencia de los intereses moratorios, pues el error y falta de gestión administrativa de COLPENSIONES no puede generar un perjuicio a la demandante, pues se itera, COLPENSIONES solo debía girar a favor del ISS EMPLEADOR lo que este asumió como pensión de jubilación, y no el monto completo de la pensión de vejez, pues el mayor valor o diferencia, le correspondía al pensionado.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de

gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 25 de noviembre de 2014 (Fols. 1 a 4 PDF GRF-AAT-RP2014 CD folio 63), por lo que la entidad tenía hasta el 25 de marzo de 2015 para reconocer y pagar las diferencias pensionales en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 25 de marzo de 2015 y hasta el 30 de septiembre de 2020, fecha en la que fue cancelado el retroactivo reclamado de $29.611.778.

Realizadas las operaciones respectivas se obtiene por intereses moratorios la suma de **$60.723.213**, conforme liquidación que se glosa a la presente sentencia.

Indexación

Se impartirá condena por indexación teniendo en cuenta que fue solicitada en libelo incoatorio, pero aun en caso de que no se hubiera peticionado procedería su reconocimiento siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que "*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*", en lo que al punto concluye:

> *"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".*

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de intereses moratorios $60.611.778 debidamente indexadas, indexación que opera a partir del 01 de octubre de 2020 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos. Sin que se presente la incompatibilidad entre los intereses moratorios e indexación, ya que la indexación opera no sobre las mesadas que componen el retroactivo, sino sobre el valor definido por intereses moratorios, el cual, al ser una condena en concreto y determinada con corte al 30 de septiembre de 2020, está sufriendo los efectos de la devaluación de la moneda desde el 01 de octubre de 2020 hasta la fecha en que se efectué el pago, tal y como en casos de similares contornos ha dispuesto nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4942/20.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la condena impuesta por concepto de retroactivo, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de tal pretensión, y revocar la absolución de los intereses moratorios, para en su lugar ordenar su reconocimiento y pago, junto con la indexación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto prosperó parcialmente la apelación propuesta por COLPENSIONES. Las de primera se deberán modificarse por las resueltas del

proceso, recordándole a las partes procesales que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP se imponen a la parte vencida en el proceso, y sobre su monto de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 *ejusdem* no es la oportunidad procesal para controvertir tal tema, despachándose así la apelación formulada por las partes al respecto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora LILIA MARÍA BUSTAMANTE LOPEZ, el valor de* ***$60.723.213,*** *por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre el 27 de junio de 2011 y el 28 de febrero de 2014, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. Intereses que se calcularon a partir del 25 de marzo de 2015 y hasta el 30 de septiembre de 2020, fecha en la que fue cancelado el retroactivo reclamado de $ 29.611.778, conforme la resolución SUB181498 del 25 de agosto de 2020.*
>
> ***PARÁGRAFO: ORDENAR*** *la INDEXACIÓN del valor generado por intereses moratorios, esto es, sobre el valor de* ***$60.723.213,*** *indexación que opera a partir del 01 de octubre de 2020 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.*

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de mayo de 2021 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual se condenó al pago de diferencias pensionales, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de tal condena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

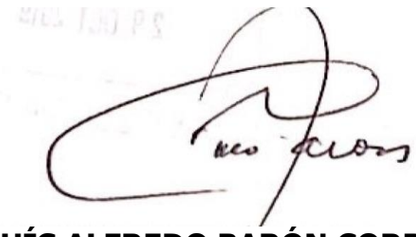
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se deberán modificar. Tésense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto parcial respecto de la indexación de los intereses moratorios)

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

Período						Liquidación sobre mesadas diferentes al salario mínimo	
Desde	**Hasta**	**Fecha de mora**	**Diferencia en días**	**Pensión**	**# Mesadas**	**Valor pensión**	**Intereses**
1-jun-10	30-jun-10	1-jul-10	3.745	581.253	0,133 33333	$ 77.500	$ 195.313
1-jul-10	31-jul-10	1-ago-10	3.714	581.253	1	$ 581.253	$ 1.452.720
1-ago-10	31-ago-10	1-sep-10	3.683	581.253	1	$ 581.253	$ 1.440.594
1-sep-10	30-sep-10	1-oct-10	3.653	581.253	1	$ 581.253	$ 1.428.860
1-oct-10	31-oct-10	1-nov-10	3.622	581.253	1	$ 581.253	$ 1.416.734
1-nov-10	30-nov-10	1-dic-10	3.592	581.253	2	$ 1.162.506	$ 2.810.000
1-dic-10	31-dic-10	1-ene-11	3.561	581.253	1	$ 581.253	$ 1.392.874
1-ene-11	31-ene-11	1-feb-11	3.530	599.678	1	$ 599.678	$ 1.424.517
1-feb-11	28-feb-11	1-mar-11	3.502	599.678	1	$ 599.678	$ 1.413.218
1-mar-11	31-mar-11	1-abr-11	3.471	599.678	1	$ 599.678	$ 1.400.708
1-abr-11	30-abr-11	1-may-11	3.441	599.678	1	$ 599.678	$ 1.388.601
1-may-11	31-may-11	1-jun-11	3.410	599.678	1	$ 599.678	$ 1.376.091
1-jun-11	30-jun-11	1-jul-11	3.380	599.678	1	$ 599.678	$ 1.363.985
1-jul-11	31-jul-11	1-ago-11	3.349	599.678	1	$ 599.678	$ 1.351.475
1-ago-11	31-ago-11	1-sep-11	3.318	599.678	1	$ 599.678	$ 1.338.965
1-sep-11	30-sep-11	1-oct-11	3.288	599.678	1	$ 599.678	$ 1.326.859
1-oct-11	31-oct-11	1-nov-11	3.257	599.678	1	$ 599.678	$ 1.314.349
1-nov-11	30-nov-11	1-dic-11	3.227	599.678	2	$ 1.199.356	$ 2.604.485
1-dic-11	31-dic-11	1-ene-12	3.196	599.678	1	$ 599.678	$ 1.289.733
1-ene-12	31-ene-12	1-feb-12	3.165	622.046	1	$ 622.046	$ 1.324.863
1-feb-12	29-feb-12	1-mar-12	3.136	622.046	1	$ 622.046	$ 1.312.724
1-mar-12	31-mar-12	1-abr-12	3.105	622.046	1	$ 622.046	$ 1.299.747
1-abr-12	30-abr-12	1-may-12	3.075	622.046	1	$ 622.046	$ 1.287.189
1-may-12	31-may-12	1-jun-12	3.044	622.046	1	$ 622.046	$ 1.274.213
1-jun-12	30-jun-12	1-jul-12	3.014	622.046	1	$ 622.046	$ 1.261.655
1-jul-12	31-jul-12	1-ago-12	2.983	622.046	1	$ 622.046	$ 1.248.678
1-ago-12	31-ago-12	1-sep-12	2.952	622.046	1	$ 622.046	$ 1.235.702
1-sep-12	30-sep-12	1-oct-12	2.922	622.046	1	$ 622.046	$ 1.223.144
1-oct-12	31-oct-12	1-nov-12	2.891	622.046	1	$ 622.046	$ 1.210.167

1-nov-12	30-nov-12	1-dic-12	2.861	622.046	2	$ 1.244.092	$ 2.395.218
1-dic-12	31-dic-12	1-ene-13	2.830	622.046	1	$ 622.046	$ 1.184.633
1-ene-13	31-ene-13	1-feb-13	2.799	637.224	1	$ 637.224	$ 1.200.245
1-feb-13	28-feb-13	1-mar-13	2.771	637.224	1	$ 637.224	$ 1.188.238
1-mar-13	31-mar-13	1-abr-13	2.740	637.224	1	$ 637.224	$ 1.174.945
1-abr-13	30-abr-13	1-may-13	2.710	637.224	1	$ 637.224	$ 1.162.080
1-may-13	31-may-13	1-jun-13	2.679	637.224	1	$ 637.224	$ 1.148.787
1-jun-13	30-jun-13	1-jul-13	2.649	637.224	1	$ 637.224	$ 1.135.923
1-jul-13	31-jul-13	1-ago-13	2.618	637.224	1	$ 637.224	$ 1.122.630
1-ago-13	31-ago-13	1-sep-13	2.587	637.224	1	$ 637.224	$ 1.109.337
1-sep-13	30-sep-13	1-oct-13	2.557	637.224	1	$ 637.224	$ 1.096.472
1-oct-13	31-oct-13	1-nov-13	2.526	637.224	1	$ 637.224	$ 1.083.179
1-nov-13	30-nov-13	1-dic-13	2.496	637.224	2	$ 1.274.448	$ 2.140.629
1-dic-13	31-dic-13	1-ene-14	2.465	637.224	1	$ 637.224	$ 1.057.022
1-ene-14	31-ene-14	1-feb-14	2.434	649.586	1	$ 649.586	$ 1.063.976
1-feb-14	28-feb-14	1-mar-14	2.406	649.586	1	$ 649.586	$ 1.051.737
						$ 29.611.767 Retroactivo	**$ 60.723.213** Intereses

Fecha del cálculo	1-oct-20
Período	20209
Interés Bancario Corriente	18,35%
Tasa E.A. Moratoria	27,53
Tasa Nominal Anual	24,56%
Tasa Nominal Diaria	0,0672938%

← Solo se cambia este dato
0,067293758

Tasa Nominal Anual
Tasa Nominal Mensual
Tasa Nominal Diaria ← Esta es la tasa a aplicar

Retroactivo columna H (m)		$0
Intereses columna I (m)		$0
Retroactivo columna K		$29.611.767
Intereses Columna L		$60.723.213

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CINDY LORENA GOMEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-017-2018-00357-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CINDY LORENA GOMEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS, que como consecuencia de lo anterior se ordene el retorno al RPMPD; que se ordene a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual; que se declare y reconozca cualquier otro derecho distinto al pretendido esto conforme a las facultades ultra y extra petita y finalmente que se condene en costas procesales a la parte demandada.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el mes de abril de 1988; que para el año 1995 un asesor lo persuadió con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional; que nunca recibió una proyección de su pensión al cumplir la edad mínima; que presentó petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. solicitando el retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada. (fols. 1 a 24 Expediente Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 73), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones alegando que no se allega prueba alguna que permita establecer la configuración de alguna de las causales de nulidad; que la demandante en pleno uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional decidió trasladarse de régimen pensional; que se encuentra afiliada válidamente al régimen privado y en consecuencia debe permanecer activa en este. Propuso como excepciones de mérito las que denominó, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento,

prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (Fols. 75 a 85).

3.2 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la vinculación de la accionante con Horizonte SA hoy Porvenir SA en el año 1995 fue un producto de su voluntad y de su decisión libre e informada; que no es procedente solicitar la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento de conformidad con los artículos 1508 del CC; que no se probó la falta de alguno de los elementos esenciales del acto jurídico; que se le brindó la asesoría pertinente para que la decisión fuera libre, voluntaria e informada; que se encuentra en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración pues de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 también se descuentan en el RPM; que la SIFC en concepto con radicación 20191522169-003-000 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado; que al ordenar el traslado de los gastos de administración se configuraría un enriquecimientos sin causa a favor de Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fols. 107 a 131).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia: declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción; declaró que el traslado de la demandante al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD a cargo de Colpensiones y que esta tiene la obligación legal de validar su traslado sin solución de continuidad; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, sin autorizar a Porvenir S.A. a efectuar descuento alguno ni siquiera a título de gastos de administración y deberán ser asumidos por la entidad de su propio patrimonio. Finalmente condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional, entre otras la C1024 de 2004, no opera el retornó automático al régimen de prima media con prestación definida, ya que no cuenta con 15 años de servicios o cotizaciones al 1° de abril de 1994; no obstante, registraba un número importante de cotizaciones a la fecha de traslado a PORVENIR S.A., razón por la cual ameritaba un análisis particular.

Que en la demanda se pretende la nulidad del traslado; empero, consideró que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen. Que del interrogatorio de parte no se logró la confesión respecto de que haya recibido la información integral.

Igualmente consideró que, si bien se allegó el formulario de afiliación con la firma de la actora y una nota de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, tal documento no es prueba idónea para demostrar el consentimiento informado, a lo sumo demuestra el consentimiento, pero no informado.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, incluyendo gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por la entidad de su propio patrimonio.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que, al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Manifestó que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal conforme a la ley 797 del 2003 y que de ello deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen; que el traslado goza de plena validez; que el 23 de octubre de 2015 se expidió el Decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito público el cual indica que las AFP deben proporcionar a los afiliados la información completa de los beneficios e inconveniente y efectos; que los afiliados podían ir a cualquiera de las oficinas de Colpensiones, así como de los fondos privados, o a través de los diferentes canales de información para solicitar información sobre su situación pensional; que la demandante tuvo una actitud muy pasiva y negligente; que mediante la Circular 016 de 2016 de la SIFC se establecen los mecanismos para que las AFP como Colpensiones realicen dicha asesoría, pero ello solo es a partir del 01 de octubre de 2016; que no se pudo probar que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses; que permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad durante más de 25 años; que los derechos pensionales que pudiera a llegar a adquirir la demandante en el RPMPD debe ser consecuencia del traslado efectivo de los aportes a Colpensiones. Finalmente solicita que, de llegarse a confirmar la ineficacia, se incluya la obligación de aceptar el traslado de la demandante una vez se haga el traslado efectivo de los aportes realizados en el RAIS, incluyendo los gastos de administración, bonos pensionales y cualquier otra prestación, así como también que de revoque y absuelva a Colpensiones de la condena en costas.

5.2 PORVENIR S.A.: Sostiene la actora al momento del traslado no renuncio ni perdió beneficios pensionales como si ocurre en la aplicación de la línea jurisprudencial; que dicha línea jurisprudencial tiene como sustento la falta de cumplimiento del deber de información, situación que no ocurrió pues no era beneficiaria de la transición pensional o de una expectativa legitima; que no puede considerarse que hubo un perjuicio al momento del traslado de régimen; que se deben analizar los actos de relacionamiento; que dentro del interrogatorio de parte se puede deducir que la demandante conocía las características del régimen ya que menciona aspectos de la pensión anticipada, pensión vitalicia y pensión de sobrevivencia; que la motivación de la demandante es el monto de la mesada pensional a recibir; que la orden de devolución de los gastos de administración desconoce las facultades legales de la ley 100 de 1993 para generar

estos cobros; que la SIFC en concepto emitido en enero de 2020 precisó la no devolución de esos gastos de administración cuando se declara la ineficacia; que se estudie la excepción de prescripción frente a los gastos de administración. En síntesis, solicita que se revoque en su integridad la decisión emitida por el a quo y en su lugar se absuelva de las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión.

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, dicha condena este supeditada al traslado efectivo de la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional de aplicar al caso.

DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, en la medida en que se acreditan los presupuestos jurisprudenciales, además que debe tenerse en cuenta la sentencia SPT12080 del 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP

privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora CINDY LORENA GOMEZ, se afilió al entonces ISS hoy administrado por Colpensiones el 25 de abril de 1988 hasta el 05 de octubre de 1995 tal como consta en la historia laboral aportada por Colpensiones (Fol 270 a 271) y que posteriormente se trasladó a Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 1995, conforme el formulario de afiliación (Fol 167) y finalmente el 31 de mayo de 2001 se trasladó a Porvenir SA.(Fol 58), entidad donde se encuentra actualmente, conforme el reporte SIAFP (Fol. 165), y la historia laboral de cotizaciones (Fols. 170 a 215)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a la accionante sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dándole las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PROTECCIÓN S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina

probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP HORIZONTE SA, hoy PORVENIR S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y

compresible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 19 de octubre de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Adicionalmente, en cuanto a la alzada referida a que la reactivación de la afiliación en el RPM quede condicionada al recibimiento de los aportes por parte de la AFP, esta llamada al fracaso, pues el acceso a las prestaciones económicas de la actora no puede supeditarse al cumplimiento de los trámites administrativos entre las entidades de seguridad social tendientes a normalizar el traslado de los aportes.

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
> (…)
> *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR SA, pues esta es quien sucedió a HORIZONTE S.A., y además es la actual AFP donde se encuentra la actora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, aprecia la Sala que se congloba de manera expresa los conceptos atrás delineados, específicamente los gastos de administración y sumas adicionales y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP, las mismas se causan y se imponen a la parte vencida en el proceso, en este caso COLPENSIONES, razón por la cual se despacha de manera desfavorable tal punto de la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JUAN EDUARDO MARTINEZ CARRILLO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***110013105-005-2019-00280-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JUAN EDUARDO MARTINEZ CARRILLO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 12 de septiembre de 2007, teniendo en cuenta la indexación de los aportes efectuados durante los últimos 10 años, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 024937 del 16 de junio de 2008 COLPENSIONES le reconoció la pensión de jubilación a partir del 12 de septiembre de 2007, en cuantía de $560.272, aplicando la ley 33 de 1985, bajo una tasa de reemplazo del 75 % del IBL de los últimos 10 años; que mediante Resoluciones No 56154 del 26 de noviembre de 2009 y No 4526 del 18 de noviembre de 2010 al resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación, el ISS decidió confirmar la resolución No 024937 del 16 de junio de 2008; que solicitó el 18 de mayo de 2016 la reliquidación pensional, y fue desatada mediante resolución GNR194782 del 1 de julio de 2016, ordenando el reajuste pensional a partir del 18 de mayo de 2013 en cuantía de $727.030, decisión que fue confirmada a través de resoluciones GNR265027 del 7 de septiembre de 2016 y VPB36829 del 22 de septiembre de 2016; que nuevamente radicó solicitud de reajuste pensional el 12 de septiembre de 2017, y fue negada a través de resolución GNR298204 del 29 de diciembre de 2017, ante lo cual interpuso recurso de reposición y apelación, siendo resuelto el primero mediante resolución SUB46354 del 23 de febrero de 2018, ordenando la reliquidación de la pensión en cuantía de $763.882 a partir del 18 de mayo de 2013, y el recurso de apelación se resolvió a través de resolución DIR7155

del 13 de abril de 2018, negando la reliquidación; que el 18 de abril de 2018 nuevamente eleva solicitud de reliquidación pensional, pero le fue negada a través de resolución SUB265700 del 10 de octubre de 2018; que COLPENSIONES no indexó los aportes efectuados durante los últimos 10 años. (Fols. 3 a 8 Archivo No 1 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 130 y1 31); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que carecen de sustento factico y legal, ya que la prestación se encuentra conforme a la ley, y se liquidó con base en los aportes efectuados por el empleador. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia actual de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, y la innominada o genérica (Folios 139 a 155 Archivo No 001 Exp. Digital)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de jubilación a partir el 12 de septiembre de 2007 en la suma de $592.848, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales; autorizó a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; condenó a los intereses moratorios a partir del 24 de mayo de 2008 hasta el momento del pago efectivo de la reliquidación. Finalmente condenó en costas. (fls. 176 a 177, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión que el actor es pensionado, con aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable la ley 33 de 1985, tal como se encuentra establecido en la resolución 24937 de 2008; que en lo relacionado con la reliquidación pensional, preciso que para los beneficiarios del régimen de transición a quienes les faltare más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, como el caso del actor, le corresponde calcular el IBL de toda la vida o el de los últimos 10 años, aplicando el más favorable, ello en virtud del artículo 21 de la citada ley 100.

En el caso de autos, manifestó que COLPENSIONES a través de resolución 24937 del 2008 reconoció la pensión de jubilación a partir del 12 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de $ 560.275, para lo cual tuvo en cuenta el IBL de los últimos 10 años por valor de $ 747.032, al que le aplicó el 75 %, y que si bien COLPENSIONES reliquidó la prestación a través de resolución No 194782 del 2016, no se encuentra detallado la manera en que efectuó la liquidación del IBL, es decir, no es comprensible como arribó a que para el año 2013 la mesada pensional era de $720.030, por lo que se desconoce cómo fue la indexación de los IBC para el año 2007.

Que realizado la liquidación por el Despacho en relación con el IBL de los últimos 10 años, por no ser objeto de discusión, se encuentra que arroja un IBL de $790.464, al que se le aplica el 75 % de tasa de reemplazo, dando como mesada inicial al 2007, el valor de $592.848, esto es, superior a la que tuvo en cuenta COLPENSIONES de $560.275, incluso para el año 2013 su pensión asciende a $ 754.396, mientras que

para COLPENSIONES al reliquidar la prestación le arroja el valor de $720.030, en ese sentido, consideró que hay lugar a la reliquidación pretendida.

Ahora, frente a la excepción de prescripción adujo que en el escrito de contestación no se propuso tal medio exceptivo, ni tacita ni explícitamente, por lo que de conformidad con el artículo 282 del CGP no le está permitido al juez declarar de oficio tal excepción, y en ese horizonte, ordenó el reajuste pensional desde el 12 de septiembre de 2007, teniendo como mesada inicial $ 592.848.

Frente a los intereses moratorios esgrimió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral a través de sentencias SL1681-2020 y SL66868-2020, rectificó su criterio y establece que los intereses moratorios son procedentes para cualquier clase de pensión reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993, independiente su origen, así como también que resultan procedentes los intereses en tratándose de reajustes pensionales o pagos deficitarios de la pensión, intereses que tampoco están afectados por la prescripción al no haberse así propuesto en la contestación, con lo cual, procedió a ordenar los intereses moratorios pasado cuatro meses de la solicitud de la prestación, esto es, a partir del 24 de mayo de 2008, y hasta cuando se haga efectivo el pago de las diferencias pensionales.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por COLPENSIONES, quien manifestó que no se debe condenar a los intereses moratorios, ya que se ha venido reconociendo la pensión de jubilación de manera oportuna; que COLPENSIONES liquidó la prestación de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, con los últimos 10 años cotizados, y actualizando el IBC; que debe declararse la prescripción, ya que fue alegada en el transcurso del proceso, por lo que, al haber efectuado la reclamación el 18 de mayo de 2016, estarían prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 18 de mayo de 2013; que no hay lugar a intereses moratorios cuando no existe mora en el pago de mesadas pensionales.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal COLPENSIONES esgrime que se revoque la sentencia de primera instancia, y se de aplicación a la excepción de prescripción, esto es de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de mayo de 2013, aunado a que tampoco son procedentes los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez teniendo en cuenta un IBL superior al definido por COLPENSIONES? En caso positivo, (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN REGIMEN DE TRANSICIÓN

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: que mediante resolución No 24937 del 18 de junio de 2008 el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le concedió la pensión de vejez en cuantía de $560.275, efectiva a partir del 12 de septiembre de 2007, con aplicación de la ley 33 de 1985 (Fol. 9 a 11); que mediante resolución GNR194782 del 01 de julio de 2016 COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez, otorgando la pensión en cuantía de $727.030, a partir del 18 de mayo de 2013 (Fol. 14 a 21); que mediante resolución SUB46354 del 23 de febrero de 2018 se reliquidó la pensión de vejez, en cuantía de $749.345 a partir del 18 de mayo de 2013 (Fols. 70 a 81).

Ahora bien, siendo el punto capital el IBL aplicable al demandante, tenemos que al 1º de abril de 1994 el actor contaba con 42 años de edad (Fol.123), de forma tal que le faltaban más de 10 años para cumplir con los requisitos mínimos legales para pensionarse, y en consecuencia le era aplicable el IBL previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (SL2818-2021), es decir, con el calculado en los últimos 10 años, o el de toda la vida laboral, según le fuere más favorable, siendo que en el sub examine desde el libelo genitor se peticiona la liquidación del IBL de los últimos 10 años, y así fue como el a quo procedió a la reliquidación, sin que haya sido objeto de disenso por la parte activa, razón por la que la Sala entrara a revisar el IBL, pero solo de los últimos 10 años.

Así las cosas, calculado por la Sala el IBL, con base en la historia laboral más actualizada obrante en el expediente (Archivo HL-2018_4410726 Expediente Administrativo), según anexo que se glosa a la sentencia, se obtienen las sumas de **$783.468,28** en los últimos 10 años, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75 %, la cual tampoco se encuentra en discusión, se obtiene una mesada pensional de **$587.601,21** para el año 2007, suma superior a la que reconoció COLPENSIONES en la Resolución No 24937 del 18 de junio de 2008, que lo fue de $560.275, y a la vez, inferior a la que encontró el a quo, por valor de $592.848, debiéndose en consecuencia tener como primera mesada pensional para el año 2007 la que encontró esta Sala, pues la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ahora, una vez revisada la liquidación efectuada por el juzgado de origen, encuentra la Sala que para el año 2003 tiene en cuenta el IBC hasta diciembre de 2003, sin percatarse que el vínculo laboral con ITBOY solo se extendió hasta el 30 de junio de 2003, tal como consta en la certificación de folio 121, además en los años anteriores al 2003 toma como IBC el promedio del sueldo mensual, siendo que debía tomar el IBC reportado mes a mes, tal como se encuentra reportado en la historia laboral expedida por COLPENSIONES.

Ahora, frente al retroactivo por diferencia pensional, entre la mesada pensional que reconoció COLPENSIONES y la mesada pensional que le arrojó a esta Sala, debe decirse que solo es procedente el cálculo de diferencias por mesadas pensionales desde el 12 de septiembre de 2007 hasta el 18 de mayo de 2013, ya que a partir de esa data COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez en valor de **$749.735** a través de la resolución SUB46354 del 23 de febrero de 2018, suma superior a la calculada por la Sala para esa anualidad, que lo es de **$747.720,** aspecto que lleva a la Sala a dejar incólume el monto pensional que para el 18 de mayo de 2013 reconoció COLPENSIONES.

Debe precisar la Sala que el a quo hizo referencia a la reliquidación que hiciere COLPENSIONES a través de la Resolución GNR194782 del 01 de julio de 2016, en la que otorgo la pensión en cuantía de $727.030, a partir del 18 de mayo de 2013, siendo que con posterioridad se expidió la Resolución SUB46354 del 23 de febrero de 2018, con la cual elevó la mesada pensional a $747.720 para el 18 de mayo de 2013, aspecto que no podía desconocerse, ya que en línea de principio, para el año 2013 entre el monto de la pensión que reconoció en la Resolución GNR194782 del 01 de julio de 2016 y la reconocida por la Sala se genera una diferencia pensional a favor del actor, lo que llevaría al absurdo de tener que reconocer una diferencia pensional que no se causa, pues desde el 18 de mayo de 2013 se viene reconociendo una mesada pensional superior a la que para esa fecha arroja la calculada por esta Sala.

REAJUSTE PENSIONAL							
Año	**IPC**	**Valor reconocido Res No 24937/2008**	**Valor reconocido Res SUB46354/ 2018**	**Valor real Tribunal**	**Diferencia mensual**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2007	5,69%	$ 560.275	$ 0	$ 587.601	$ 27.326	4,633333333	$ 126.611
2008	7,67%	$ 592.155	$ 0	$ 621.036	$ 28.881	14	$ 404.335
2009	2,00%	$ 637.573	$ 0	$ 668.669	$ 31.096	14	$ 435.347
2010	3,17%	$ 650.324	$ 0	$ 682.043	$ 31.718	14	$ 444.054
2011	3,73%	$ 670.940	$ 0	$ 703.663	$ 32.724	14	$ 458.131
2012	2,44%	$ 695.966	$ 0	$ 729.910	$ 33.944	14	$ 475.219
2013	1,94%	$ 712.947	$ 749.345	$ 747.720	$ 34.772	4,6	$ 159.953
2014	3,66%	$ 726.778	$ 763.882	$ 762.225	-$ 1.657		$ 0
2015	6,77%	$ 753.379	$ 791.840	$ 790.123	-$ 1.717		$ 0
2016	5,75%	$ 804.382	$ 845.448	$ 843.614	-$ 1.834		$ 0
2017	4,09%	$ 850.634	$ 894.061	$ 892.122	-$ 1.939		$ 0
2018	3,18%	$ 885.425	$ 930.628	$ 928.610	-$ 2.018		$ 0
2019	3,80%	$ 913.582	$ 960.222	$ 958.140	-$ 2.083		$ 0
2020	1,61%	$ 948.298	$ 996.711	$ 994.549	-$ 2.162		$ 0
2021		$ 963.565	$ 1.012.758	$ 1.010.561	-$ 2.197		$ 0
						TOTAL	**$ 2.503.652**

Colofón de lo dicho, ante las particularidades presentadas lo único procedente en el sub examine es el retroactivo pensional del 12 de septiembre de 2007 hasta el 18 de mayo de 2013, ello como quiera que por parte de la entidad de seguridad social no se propuso el medio extintivo de la prescripción, pues la misma debe haberse propuesto al contestar la demanda, y tal como acertadamente lo dijera el a quo, le está vedado al juzgador declarar su prosperidad de oficio, ello de conformidad con el artículo 282 del CGP.

Al respecto valga traer a la palestra la sentencia SL2501-2018, en la que la Corte hace alusión a que la prescripción extintiva y la norma que la regula, es *"claro en señalar que si la mentada excepción no se propone oportunamente, como en últimas aquí ocurrió, «se entenderá renunciada»"* y que la misma, *"debe ser alegada expresamente en la contestación de la demanda, con lo que se refuerza que ese es el momento en que vence tal garantía procesal".*

Ello así, ni de asomo puede salir avante la alzada de COLPENSIONES tendiente a que se tenga en cuenta la excepción de prescripción por haberla alegado en el transcurso del proceso, a pesar de no haberse propuesto con la contestación de la demanda.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

> *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora,* ***aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal".*** *(Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

> *"De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.*
>
> *Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de*

los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a reconocer la prestación en un valor que realmente no era el correspondiente para el 12 de septiembre de 2007, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, esto es, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 24 de enero de 2008 (Fols. 11 Archivo No 1), por lo que la entidad tenía hasta el 24 de mayo de 2008 para reconocer y pagar la pensión de vejez en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 24 de mayo de 2008 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación, intereses que se causan sobre cada una de las diferencias pensionales que componen el retroactivo pensional generado del 12 de septiembre de 2007 hasta el 18 de mayo de 2013.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

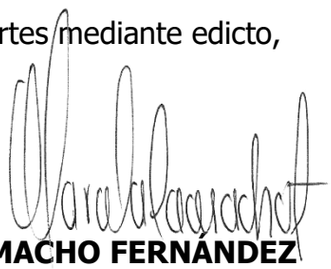
PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO y TERCERO** de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020 por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JUAN EDUARDO MARTÍNEZ CARRILLO, el valor de* ***$2.503.652,*** *por concepto de retroactivo pensional por la diferencia de las mesadas causadas desde el 12 de septiembre de 2007 hasta el 18 de mayo de 2013.*
>
> ***TERCERO.: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre el 12 de septiembre de 2007 hasta el 18 de mayo de 2013. Intereses que se calcularon a partir del 24 de mayo de 2008 y hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago de la obligación".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

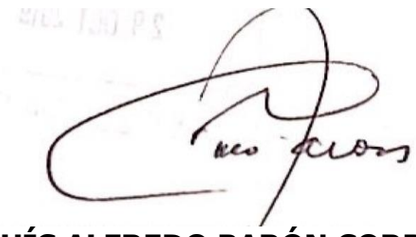
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

CALCULO IBL 10 AÑOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	**3600**
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2006	61,33	1966	0,09
1-ago-93	31-ago-93	$ 137.000	30	$ 689.564	$ 5.746	2006	61,33	1992	12,19
1-sep-93	30-sep-93	$ 137.000	30	$ 689.564	$ 5.746	2006	61,33	1992	12,19
1-oct-93	31-oct-93	$ 137.000	30	$ 689.564	$ 5.746	2006	61,33	1992	12,19
1-nov-93	30-nov-93	$ 137.000	30	$ 689.564	$ 5.746	2006	61,33	1992	12,19
1-dic-93	31-dic-93	$ 137.000	30	$ 689.564	$ 5.746	2006	61,33	1992	12,19
1-ene-94	31-ene-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-feb-94	28-feb-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-mar-94	31-mar-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-abr-94	30-abr-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-may-94	31-may-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-jun-94	30-jun-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-jul-94	31-jul-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-ago-94	31-ago-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-sep-94	30-sep-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-oct-94	31-oct-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-nov-94	30-nov-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-dic-94	31-dic-94	$ 167.200	30	$ 686.852	$ 5.724	2006	61,33	1993	14,93
1-ene-95	31-ene-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-feb-95	28-feb-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-mar-95	31-mar-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-abr-95	30-abr-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-may-95	31-may-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-jun-95	30-jun-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29

1-jul-95	31-jul-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-ago-95	31-ago-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-sep-95	30-sep-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-oct-95	31-oct-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-nov-95	30-nov-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-dic-95	31-dic-95	$ 270.000	30	$ 905.286	$ 7.544	2006	61,33	1994	18,29
1-ene-96	31-ene-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-feb-96	29-feb-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-mar-96	31-mar-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-abr-96	30-abr-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-may-96	31-may-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-jun-96	30-jun-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-jul-96	31-jul-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-ago-96	31-ago-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-sep-96	30-sep-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-oct-96	31-oct-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-nov-96	30-nov-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-dic-96	31-dic-96	$ 290.000	30	$ 814.573	$ 6.788	2006	61,33	1995	21,83
1-ene-97	31-ene-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-feb-97	28-feb-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-mar-97	31-mar-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-abr-97	30-abr-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-may-97	31-may-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-jun-97	30-jun-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-jul-97	31-jul-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-ago-97	31-ago-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-sep-97	30-sep-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-oct-97	31-oct-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-nov-97	30-nov-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-dic-97	31-dic-97	$ 350.900	30	$ 810.650	$ 6.755	2006	61,33	1996	26,55
1-ene-98	31-ene-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-feb-98	28-feb-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-mar-98	31-mar-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23

1-abr-98	30-abr-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-may-98	31-may-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-jun-98	30-jun-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-jul-98	31-jul-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-ago-98	31-ago-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-sep-98	30-sep-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-oct-98	31-oct-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-nov-98	30-nov-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-dic-98	31-dic-98	$ 414.000	30	$ 813.165	$ 6.776	2006	61,33	1997	31,23
1-ene-99	31-ene-99	$ 414.000	30	$ 697.095	$ 5.809	2006	61,33	1998	36,42
1-feb-99	28-feb-99	$ 414.000	30	$ 697.095	$ 5.809	2006	61,33	1998	36,42
1-mar-99	31-mar-99	$ 414.000	30	$ 697.095	$ 5.809	2006	61,33	1998	36,42
1-abr-99	30-abr-99	$ 678.000	30	$ 1.141.619	$ 9.513	2006	61,33	1998	36,42
1-may-99	31-may-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-jun-99	30-jun-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-jul-99	31-jul-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-ago-99	31-ago-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-sep-99	30-sep-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-oct-99	31-oct-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-nov-99	30-nov-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-dic-99	31-dic-99	$ 480.000	30	$ 808.226	$ 6.735	2006	61,33	1998	36,42
1-ene-00	31-ene-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-feb-00	29-feb-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-mar-00	31-mar-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-abr-00	30-abr-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-may-00	31-may-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-jun-00	30-jun-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-jul-00	31-jul-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-ago-00	31-ago-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-sep-00	30-sep-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-oct-00	31-oct-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-nov-00	30-nov-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79
1-dic-00	31-dic-00	$ 480.000	30	$ 739.919	$ 6.166	2006	61,33	1999	39,79

1-ene-01	31-ene-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-feb-01	28-feb-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-mar-01	31-mar-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-abr-01	30-abr-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-may-01	31-may-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-jun-01	30-jun-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-jul-01	31-jul-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-ago-01	31-ago-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-sep-01	30-sep-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-oct-01	31-oct-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-nov-01	30-nov-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-dic-01	31-dic-01	$ 524.304	30	$ 743.196	$ 6.193	2006	61,33	2000	43,27
1-ene-02	31-ene-02	$ 577.000	30	$ 759.796	$ 6.332	2006	61,33	2001	46,58
1-feb-02	28-feb-02	$ 577.000	30	$ 759.796	$ 6.332	2006	61,33	2001	46,58
1-mar-02	31-mar-02	$ 577.000	30	$ 759.796	$ 6.332	2006	61,33	2001	46,58
1-abr-02	30-abr-02	$ 577.000	30	$ 759.796	$ 6.332	2006	61,33	2001	46,58
1-may-02	31-may-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-jun-02	30-jun-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-jul-02	31-jul-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-ago-02	31-ago-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-sep-02	30-sep-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-oct-02	31-oct-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-nov-02	30-nov-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-dic-02	31-dic-02	$ 628.000	30	$ 826.953	$ 6.891	2006	61,33	2001	46,58
1-ene-03	31-ene-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-feb-03	28-feb-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-mar-03	31-mar-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-abr-03	30-abr-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-may-03	31-may-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-jun-03	30-jun-03	$ 628.000	30	$ 772.906	$ 6.441	2006	61,33	2002	49,83
1-jul-03	31-jul-03					2006	61,33	2002	49,83
1-ago-03	31-ago-03					2006	61,33	2002	49,83
1-sep-03	30-sep-03					2006	61,33	2002	49,83

1-oct-03	31-oct-03					2006	61,33	2002	49,83
1-nov-03	30-nov-03					2006	61,33	2002	49,83
1-dic-03	31-dic-03					2006	61,33	2002	49,83
1-ene-04	31-ene-04	$ 358.000	30	$ 413.751	$ 3.448	2006	61,33	2003	53,07

TOTAL	36
DIAS	00
	51
	4,2
TOTAL SEMANAS	9

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 783.468,28
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	$ 587.601,21
PORCENTAJE APLICADO	75%
PENSION RECONOCIDA	560.275
DIFERENCIA	$ 27.326,21

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CELIMO GÓMEZ RAMOS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-031-2019-00162-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CECILIO GÓMEZ RAMOS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de RPMPD al RAIS; que como consecuencia de lo anterior se declare para todos los efectos legales que ha permanecido afiliado en el RPMP; que se ordene el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMPD, lo extra y ultra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 16 de enero de 1975; que se trasladó a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. en el mes de agosto de 2011; que la AFP PROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado y, finalmente, que solicitó tanto a PROTECCIÓN S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fol 2 a 8).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 47); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación es ineficaz, por el contrario tal afiliación cumple con los presupuestos legales de existencia y validez. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fols. 53 a 57).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el acto de afiliación es existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó de manera libre y voluntaria, con la firma del formulario como señal de aceptación; que las expectativas económicas sobre el monto pensional no pueden no pueden dar lugar a declarar la ineficacia o nulidad del traslado; que el actor se encuentra en la limitante para trasladarse, ya que está a menos de 10 años o menos para pensionarse. Como excepciones de fondo expuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (Fols. 64 a 78).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de mayo de 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda, condenando en costas al demandante.

La decisión del Juez se basó en que el actor en el escrito de la demanda indicó que el traslado de régimen se efectuó en el año 2011, cuando del reporte de Asofondos se registra un traslado el 27 de julio del 2000, razón que imposibilita declarar la nulidad o ineficacia de un traslado que no aconteció para el año 2011.

Afirmó que de conformidad con los artículos 1740, 1741 y 1508 del Código Civil, para la fecha en que se produjo el traslado (27 de julio del 2000), ya era una persona legalmente capaz, asimismo que no se presenta objeto y causa ilícita ya que la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes pensionales claramente diferenciados. En cuanto a los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo tampoco se acreditan, ya que al revisarse el formulario de traslado aparece la anotación sobre voluntad de afiliación, con lo cual, es claro que el consentimiento del demandante no se encontraba viciado de nulidad.

Que en la demanda se pregona la falta de información frente al acto jurídico de 2011 y no se dice nada frente al acto jurídico de traslado que realmente fue en el año 2000; que los testigos fueron inconsistentes y contradictorios frente a lo manifestado por el demandante, ya que mencionaron a una asesora de nombre NORMA CONSTANZA, pero no se encontró de donde había salido dicha asesora, pues el formulario se encontraba suscrito por la asesora LUZ ALCIRA CÁRDENAS.

Finalmente precisó que el demandante ha realizado cotizaciones en el régimen de ahorro individual de manera ininterrumpida denotando su voluntad de permanecer en el mismo.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante interpuso recurso de apelación**, solicitando se revoque en su integridad el fallo emitido en primera instancia, por cuanto existe la plena ineficacia del acto de traslado de régimen, ya que ni COLPENSIONES, ni PROTECCIÓN garantizaron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 y 48 de la misma normatividad, acto que debía estar muy claro y versar sobre lo vicios del consentimiento, además de ser un servicio público, por lo tanto, al no haberse hecho un estudio y simplemente suscribir un formulario, resulta ser un acto no valido, pues se hizo inducir a una persona en error, ello independientemente de que los testigos no hubieran coincidido, pues ha pasado casi 20 años desde que se firmó dicho documento, razón por la cual no tienen la capacidad de recordar específicamente el hecho ocurrido.

Respecto de los testigos adujo que independientemente de que no hayan recordado el nombre exacto de la asesora, lo relevante de sus dichos es que en el presente asunto no se dio la información necesaria, pues se le dijo al demandante que se cambiara de régimen porque el ISS se iba acabar, lo que lleva establecer que sí existió total engaño y vicio del consentimiento, no entendiendo por qué la juez dice que no se coincidió con el nombre de la asesora, pues todos los testigos hicieron referencia a ella independientemente que el formulario haya sido firmado por otra persona; que no se demostró por parte de la accionada que se hubiera suministrado información, por lo tanto, debe declararse la nulidad independientemente de la suscripción del formulario y de que se haya continuado realizando aportes al sistema, pues tal aspecto tuvo que hacerlo por estar afiliado allí y para poder conseguir su pensión; que en lo relacionado con la fecha de suscripción del formulario de afiliación, fue un error de trascripción de la demanda, siendo que lo que verdaderamente se solicita es la ineficacia y/o nulidad del acto celebrado por vicio de consentimiento.

7. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal COLPENSIONES ssolicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo

ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor CECILIO GÓMEZ RAMOS estuvo afiliado con el ISS desde el 07 de julio de 1975 al 02 de junio de 1987, conforme la historia laboral aportada por Colpensiones (fol. 20 y 22), que posteriormente suscribió formulario de afiliación el 27 de julio de 2000 con SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., según el formulario de afiliación (Fol 79), entidad donde se encuentra actualmente.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 02 de junio de 1987, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SANTENDER, hoy PROTECCIÓN S.A., que tuvo ocurrencia el 27 de julio de 2000, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS,* ***o continuar vinculados a éste si ya lo están",*** (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 07 de julio de 1975, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

> *"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema;* ***se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde***

> ***porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas***" (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

> *"Quienes al 31 de marzo de 1994* ***se encuentren vinculados al ISS****, pueden continuar en dicho instituto,* ***sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación****. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto,* ***y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado****.* (Negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 7 de julio de 1975, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 27 de julio del 2000 a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, vale la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

> *"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «…no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria,* ***además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia****.*
> *(…)*
> *En ese sentido,* ***por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida****".*

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la

vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo; sea esta otra oportunidad para reiterar el nuevo criterio y asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 estuvieren afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas, superficiales e incipientes realizadas por la parte activa en desarrollo del interrogatorio de parte, ni relevantes las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del reclamante, como tampoco que no haya realizado indagaciones por su cuenta sobre su situación pensional ante las AFP accionadas o externamente a éstas.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que solo le dieron cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información. Por lo que, fue equivocada la posición del a quo en este aspecto.

Igualmente es equivocada la postura de la AFP del RAIS en manifestar que la información exigible solo era de carácter verbal, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 la AFP debía dejar soporte documental y añejarlo al archivo o historia laboral del afiliado, sin que sea suficiente el formulario de vinculación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003

la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PROTECCIÓN S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos

han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de COLFONDOS S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se debe confirmarse la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta engloba los conceptos aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PROTECCIÓN S.A. en la réplica a la demanda, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado que CECILIO GÓMEZ RAMOS efectuó a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir al demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en este sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A, así como a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Las de primera, se revocan y correrán solo a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

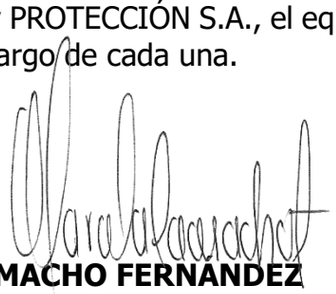
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLARA INES FONSECA NAVARRO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***110013105-019-2019-00552-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a las Drs. BELCY BAUTISTA FONSECA, y JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificadas en legal forma, como apoderadas de COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CLARA INES FONSECA NAVARRO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 01 de diciembre de 1979; que se trasladó a PORVENIR S.A. en septiembre de 2000; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el valor de su mesada pensional en el RAIS sería de $963.220, mientras que en COLPENSIONES sería superior a $2.434.219 y, finalmente, que solicitó tanto a PORVENIR S.A. como a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fols. 3 a 19).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 87); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta de información o que este en presencia de algún vicio en el consentimiento, asimismo que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU062-2010; que la vinculación en el RAIS fue realizada con el cumplimiento de los requisitos legales. Como excepciones de mérito rotuló las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica. (Fols. 101 a 115).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, ya que recibió asesoría verbal con el suministro de la información suficiente y necesaria para atender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse; que no acredita los vicios del consentimiento; que la ineficacia del traslado no debe ser analizada desde la óptica económica de la mesada pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fols. 120 a 139).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Declaró que se encuentra válidamente vinculada a COLPENSIONES sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado; ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. Se abstuvo de imponer costas.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el asunto se debe abordar desde la figura de la ineficacia, y en ese orden, en el caso concreto se verificó sí PORVENIR S.A. había cumplido con el deber de información, encontrando que no se logró demostrar por la AFP el suministro de la información, tanto de las ventajas como desventajas del traslado de régimen, es decir, no cumplió con la carga de la prueba, siendo que con el formulario de afiliación no se logra acreditar la información integral exigida.

En síntesis, constató el despacho que no se acreditó que el fondo privado hubiere cumplido con brindar una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto de las características, diferencias y la ilustración respecto de cada uno de los regímenes pensionales.

En virtud de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado de régimen, y ordenó que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, incluyendo la comisión de administración y comisiones.

En cuanto a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

5.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que se le impone a la AFP una carga probatoria que no era exigible para el momento de la afiliación de la actora; que para la fecha del traslado no existía el deber de la doble asesoría, ni tampoco se dejaba registro documental aparte del formulario de afiliación; que la AFP cumplió con el deber de información para la época del traslado, esto es, brindando la asesoría de manera verbal; que no es procedente la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, ya que son conceptos con destinación específica, ya se causaron y cumplieron su finalidad; que debe tenerse en cuenta los conceptos de la SFC en lo relativo a que no es procedente la devolución de tales conceptos en tratándose de ineficacia de traslados; que las sumas descontadas fueron debidamente invertidas generando rendimientos en la cuenta de ahorro individual; que respecto las primas de seguros previsionales, tampoco es procedente la devolución, ya que fueron girados a terceros, siendo imposible retrotraer su devolución, además que durante la afiliación estuvo cubierta para los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que no hay razón atendible para ordenar la devolución de los conceptos de gastos de administración y comisiones.

5.2 COLPENSIONES.: Solicita que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, como quiera que al momento del traslado no existía una determinación legal de cómo debía realizar la asesoría, siendo que aquella se agotaba de manera verbal y sin dejar ningún documento soporte, aparte del formulario de afiliación; que no existía la obligación de efectuar cuadros comparativos; que existe una omisión de la demandante en no regresar en las oportunidades legales al régimen de prima media con prestación definida; que para la época del traslado no estaba vigente la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 1371 de 2015; que no es viable razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y exigir soportes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente; que las sentencias emitidas al respecto fueron emitidas con posterioridad a más de 20 años del traslado, con lo cual se afecta la seguridad jurídica; que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, siendo COLPENSIONES un tercero en este asunto, sin que pueda obligarse a recibir a la actora; que con el formulario de vinculación se prueba el consentimiento; que no se demostró la existencia de vicio, error, fuerza o dolo al momento de la afiliación en el RAIS; que la carga de la prueba no recae únicamente en la AFP, ya que no existe el menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante; que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, debiendo la actora ser conocedora de lo dispuesto en la ley 100 de 1993; que el traslado resulta ser lesivo al equilibrio y sostenibilidad financiera; que se encuentra en la prohibición legal al estar a menos de 10 años para pensionarse, además que tal prohibición no es caprichosa, sino que su finalidad es no afectar la sostenibilidad financiera.

6. Alegatos de conclusión:

PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se

alegó mucho menos probó la nulidad del acto jurídico de traslado; que el a quo realizó una apreciación errónea de la información requerida al momento del traslado; que el traslado reviste de plena validez; que no puede considerarse que la AFP ejerza posición dominante sobre el afiliado; que la parte demandante contó con múltiples oportunidades para trasladarse y no lo hizo; que la inconformidad en el monto pensional no puede dar lugar a la ineficacia del traslado; que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ya que estos corresponden a las prestaciones mutuas; que está obligado a contratar las aseguradoras para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, razón por la que es improcedente la devolución de tales conceptos; que dichos conceptos fueron trasladados a un tercero; que tales conceptos resultan improcedentes conforme el concepto de la SFC.

COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya la parte demandante se encuentra en la prohibición legal del traslado; que no se acreditó vicios en el consentimiento; que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora de conformidad con el artículo 167 del CGP; que debe tenerse en cuenta que el traslado fue en el año de 1997; que la parte demandante es profesional, con plena capacidad legal para obligarse; que se presenta descapitalización del sistema pensional; que no existe prueba del perjuicio ocasionado.

DEMANDANTE: Refiere que se debe confirmar en su totalidad la decisión de instancia, dado que en efecto la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, quien no demostró haber dado la información en los términos exigidos por la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento:

error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora CLARA INES FONSECA NAVARRO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de diciembre de 1979, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 30); que posteriormente el 14 de septiembre de 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de noviembre de 2000, donde actualmente se encuentra afiliada, conforme el formulario de vinculación (Fol. 140 y 141) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 142 a 192).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado

pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca PORVENIR S.A. al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ni siquiera se recibió información, ya que el traslado se concretó solo con la suscripción del formulario de afiliación en la entidad donde laboraba, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP PORVENIR S.A. como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES, con lo cual se debe confirmarse la decisión de instancia en este ítem, ya que la condena impuesta engloba los conceptos aquí delineados.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR S.A., en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliad, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

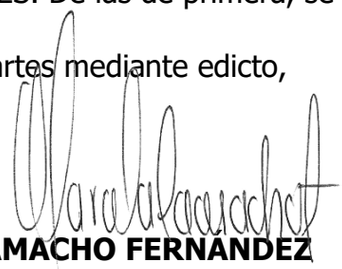
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de mayo del 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

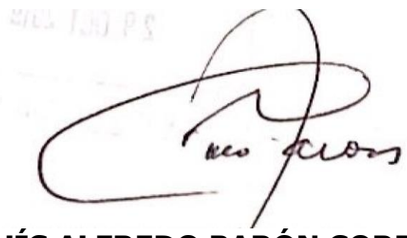
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

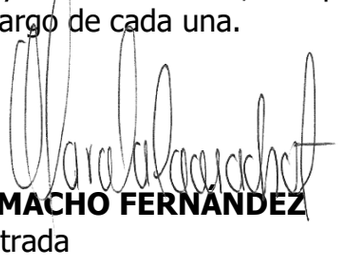


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***CRISANTO GONZALEZ RIVERA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES y OTRO.***
RADICACIÓN: ***110013105-029-2020-00188-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN Y CONSULTA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor CRISANTO GONZALEZ RIVERA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional aplicando un porcentaje del 80% al ingreso base de liquidación de los últimos 10 años, de conformidad con la ley 797 de 2003, a partir del 5 de diciembre de 2018, el retroactivo, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución SUB1009955 del 29 de abril de 2019, le fue reconocida la pensión de vejez por valor de $ 6.687.195, a partir del 1 de mayo de 2019; que en la citada resolución se tuvo en cuenta un IBL de $ 8.900.832 y una tasa de reemplazo del 75.13%; que por error del empleador Universidad de la Salle, no se reportó la novedad de retiro, razón por la cual Colpensiones reconoció la pensión con corte de nómina; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación anexando los soportes respectivos para que el reconocimiento pensional sea a partir del 5 de diciembre de 2008 y con una tasa de reemplazo del 80%; que COLPENSIONES mediante resolución SUB139322 del 31 de mayo de 2019, y DPE5106 del 25 de junio de 2019, confirmó la resolución controvertida, negando el reajuste y el retroactivo pensional. (Fols. 37 a 45)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols 1 y 2 archivo No 3 expediente digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados a derechos, aunado a que el cálculo de la pensión de vejez se hizo con fundamento en los reportado por las entidades empleadoras. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, innominada o genérica, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos (Fols. 1 a 10 Archivo No 4 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2019, aplicando una tasa de reemplazo del 75,13 %, en cuantía de $ 6.687.195; condenó a COLPENSIONES al pago de $26.748.780 como retroactivo pensional causado entre el 1 de enero y el 31 de abril de 2019; condenó a los intereses moratorios de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, generado sobre el retroactivo pensional, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se haga efectivo el pago; autorizó los descuentos al sistema general de seguridad social en salud, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 1 a 2 Archivo No 13 Exp. Digital con audiencia virtual).

Indicó que para resolver el problema jurídico planteado era necesario acudir a los conceptos de causación y disfrute pensional, así como también sí la mesada pensional reconocida se ajusta a la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

En lo tocante al disfrute pensional adujo que, si bien existen certificados por el empleador, Universidad de la Salle, en la que se certifica que la relación laboral estuvo vigente hasta el 5 de diciembre de 2012, lo cierto es que el empleador procedió a efectuar la cotización completa para el mes de diciembre, y solo con posterioridad certificó que debido a un error involuntario no se marcó la novedad de retiro en la planilla, procediendo a reportarla con posterioridad.

Que ante ello, COLPENSIONES tuvo en cuenta para la liquidación del IBL hasta la última semana efectivamente cotizada, razón por la que consideró que no era procedente reconocer el retroactivo desde el 5 de diciembre de 2018, sino desde el 1 de enero de 2019, fecha en la que debe entenderse se presentó el retiro tácito o voluntad de no seguir cotizando, y como quiera que COLPENSIONES de manera errónea empezó a reconocer la pensión desde el 1 de mayo de 2019, esto es con corte de nómina, apreció que era procedente el retroactivo pensional desde el 1 de enero de 2019 hasta el 31 de abril del mismo año, junto con los intereses moratorios hasta que se cancele el retroactivo.

Frente a la tasa de reemplazo consideró que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, solo se podían incrementar el 15 % como máximo por las semanas cotizadas adicionales a las mínimas requeridas, con lo cual, al aplicar la fórmula

decreciente con el IBL para el 2018 de $8.886.434, arroja un 60.13, más el 15 % por las semanadas adicionales, en tanto que cuenta con más de 2.200 semanas, arroja una tasa del 75,13%, tasa que fue la que tuvo en cuenta COLPENSIONES, y por ello impartió absolución sobre este pedimento.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó apelación la parte demandante y COLPENSIONES.

Demandante.: Propone apelación insistiendo en el retroactivo pensional desde el 5 de diciembre de 2018, ya que la Universidad de la Salle corrigió el error al reportar la novedad de retiro, y el demandante no puede acarrear las consecuencias de los errores cometidos por su empleador y por Colpensiones; que es procedente la reliquidación del monto pensional de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, ya que en ninguno de sus apartados se extrae que solo se pueda incrementar hasta en un máximo del 15% como de manera equivocada lo entendió la a quo y Colpensiones, al contrario lo que se desprende de la norma es que no puede superar la tasa de reemplazo el 80 %, en ese sentido solicita que se tengan en cuenta las más de las 1000 semanas cotizadas adicionales a las requeridas, y se condene a la reliquidación, junto con los intereses moratorios.

COLPENSIONES.: Solicita que se absuelva a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda, ya que el empleador no reportó la novedad de retiro, además que se debe tener en cuenta que COLPENSIONES actuó conforme a derecho, siguiendo lo establecido en la Circular interna No 24 de 2008, modificada por la No 01 de 2012; que frente a los intereses moratorios, estos son improcedentes, ya que solo e generan en mesadas pensionales reconocidas y en el sub lite no se presenta tal situación, además que al actor no se le adeudan mesadas; que los intereses moratorios son improcedentes en reliquidaciones de conformidad con la sentencia SL4338 de 2019.

6. Alegatos de conclusión.

COLPENSIONES: Manifiesta que no es procedente el retroactivo solicitado, ya que el empleador Universidad de la Salle no reportó la novedad de retiro para el mes de diciembre de 2018, y por ende, se dio aplicación a la Circular Interna No 24 de 2018; que no es procedente el pago de intereses moratorios, ya que solo proceden cuando haya mora en mesadas pensionales reconocidas.

DEMANDANTE: Solicita que se de prosperidad a la reliquidación en el monto pensional, aplicando en debida forma lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, esto es, en un 80 % del IBL por contar con 2300 semanas cotizadas; asimismo que el retroactivo pensional sea desde el 5 de diciembre de 2018, ya que para esa calenda se reportó la novedad de retiro, y los errores cometidos por el empleador no pueden afectar al afiliado; igualmente, que se condene a los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 05 de diciembre de 2018 hasta el 31 de abril de 2019? En caso afirmativo (ii) ¿Es correcta la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 como lo hizo la a quo y COLPENSIONES? (iii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación?

CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSION

No es objeto de controversia que COLPENSIONES mediante resolución SUB100955 del 29 de abril de 2019 reconoce la pensión de vejez, con una tasa de reemplazo del 75,13 %, en cuantía de $ 6.687.195 a partir del 01 de mayo de 2019, esto es, con corte de nómina (Fols. 32 a 40 Archivo No 001 Exp. Dig); que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación solicitando el reconocimiento pensional desde el 5 de diciembre de 2018, así como también con la tasa de reemplazo del 80%, siendo resueltos de manera desfavorable a través de resolución SUB139322 del 31 de mayo de 2019 y Resolución DPE5106 del 25 de junio de 2019 (Fols. 47 a 73 Archivo No 001 Exp. Dig); Finalmente, que de conformidad con la historia laboral actualizada al 20 de octubre de 2020 reporta 2.300 semanas cotizadas en toda su vida laboral desde el 04 de julio de 1970 hasta el 31 de diciembre de 2018 (Fols. 27 a 32 Archivo No 4 Exp. Digital), con lo cual, el objeto de controversia radica en que el disfrute de la pensión de vejez según el actor debe serlo desde el 05 de diciembre de 2018, y con una tasa de reemplazo del 80 % sobre el IBL.

Así las cosas, en primer término, debe revisarse el contenido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en punto a que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por aquella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, disposición que se acompasa con lo establecido en el artículo 35 *ibídem*, y que resulta aplicable por disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que no es necesaria la desafiliación expresa o novedad de retiro para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y en ese orden se trae como referente la sentencia SL5603-2016, propalada en la sentencia SL11895-2017 y SL1302-2021, el cual refiere:

> *"En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia"*

Igualmente, desde sentencia de radicación No 38776 de 2011, reiterada en la SL8497-2014, se venía adoctrinando que:

> *No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que*

no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el caso de marras, debe tenerse en cuenta que, para la fecha en que el actor elevó la reclamación pensional (04 de agosto de 2018) contaba con más de las 1.300 semanas que exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, incluso de la misma resolución SUB100955 del 29 de abril de 2019 se constata que cumplía 2.300 semanas hasta el 31 de diciembre de 2018, y a pesar de eso, de manera equivoca COLPENSIONES decide conceder la prestación con corte de nómina a partir del 01 de mayo de 2019, sin detenerse a verificar que solicitó la prestación, y al tiempo dejó de cotizar al sistema pensional, lo que da cuenta de la voluntad inequívoca de retirarse del sistema para efectos de entrar a disfrutar de la pensión de vejez.

Ahora, cierto es que el empleador (Universidad de la Salle) reconoce a folio 46 (Archivo No 1 Exp. Digital), que por un error involuntario no marcó la novedad de retiro para el 5 de diciembre de 2018, en la planilla de los aportes a la seguridad social, con lo cual procedió a realizar el pago completo de ese ciclo, a pesar de que en efecto la relación laboral se extendió solo hasta el 4 de diciembre con tal entidad como obra a folio 44 contentiva de liquidación final de prestaciones, documentos aportados por el actor a COLPENSIONES para cuando interpuso el recurso de reposición y apelación contra la resolución SUB100955 del 29 de abril de 2019.

Siendo ello así, en línea de principio habría lugar al retroactivo solicitado, no obstante, considera la Sala que le asiste razón a los discurrimientos que hiciere la cognoscente de instancia sobre el particular, dado que no puede desconocer la Judicatura que la cotización realizada desde el 1° al 30 de diciembre de 2018 tuvo un IBC significativo por valor de $8.064.000, lo que representó un aumento considerable en el cálculo de la mesada pensional que liquidare COLPENSIONES en la resolución SUB100955 del 29 de abril de 2019, ascendiendo a $6.687.195, para el año 2019.

Debe precisarse en este aspecto que en materia de cálculo del IBL se tiene en cuenta hasta la última semana cotizada, conforme lo prevé el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; empero, tal regla permite la excepción en los eventos en que se configura la inducción en error, casos en los cuales, se entiende que las cotizaciones realizadas con posterioridad no son válidas ya que "redundan en perjuicio del asegurado" (SL3235-2019), situación que generalmente se presenta cuando se hacen cotizaciones sobre un salario mínimo, lo que no acontece en el sub examine, ya que la cotización realizada en el ciclo de diciembre de 2018 fue elevada y conlleva incrementar el monto pensional, pues revisado el historial de IBC reportados encontramos que para meses anteriores a diciembre de 2018, si bien su IBC es significativo, en algunos periodos es inferior al reportado para ese mes, motivo por el que al no tener en cuenta el ciclo de diciembre de 2018 la mesada pensional sufre variación negativa en el monto pensional, aspecto que conllevaría a socavar sus intereses pensionales; aunado a que, COLPENSIONES procedió a liquidar el IBL con las cotizaciones reportadas por el empleador, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2018, pues solo con posterioridad al reconocimiento pensional fue que procedió el dador del laborío a corregir la planilla de liquidación de aportes, marcando como fecha de retiro el 5 de diciembre de 2018, pero dada las particularidades del caso no sería procedente a los intereses del actor efectuar un nuevo cálculo del IBL hasta el 5 de diciembre de 2018, ya que evidentemente disminuirá su mesada pensional, aspecto que lleva a la Sala a dejar incólume el monto pensional reconocido por Colpensiones.

Otra de las razones por las que no sería procedente el disfrute desde el 05 de diciembre del 2018, consiste en que al configurarse la calidad de pensionado desde esa calenda, las cotizaciones realizadas con posterioridad no serían válidas, pues de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990, entraría a ser una afiliación excluida del sistema general de pensiones, y la consecuencia es la devolución de tales aportes, tal como lo consagra el parágrafo de la citada disposición normativa, a saber: *"Salvo el caso de afiliación fraudulenta, los afiliados que exceptuados expresamente por este artículo, cotizaren para los riesgos respecto de los cuales se encontraren exonerados, tendrán derecho a la devolución de los aportes patrono - laborales de conformidad con el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción",* aspecto que afectaría los derechos del actor, ya que se itera, con la cotización realizada en ese ciclo logró aumentar su quantum pensional.

Igualmente, tampoco sería correcto deflactar el valor de la mesada pensional reconocida a partir de mayo de 2019 y reconocer el retroactivo desde el 5 de diciembre de 2018, ya que ello sería infringir abiertamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ya que se le estarían dando validez a las semanas cotizadas del 5 al 30 de diciembre de 2018, desconociendo que tal cotización es relevante para el cálculo del IBL y, en consecuencia, para su monto inicial de la prestación reconocida.

Finalmente, resulta vano hacer nuevamente la liquidación del IBL, no solo porque ninguna censura se presenta en relación con su monto, sino porque en efecto da cuenta la Sala que en el año 2008 y antes de ese año, sus cotizaciones son significativas, pero no alcanzan a superar el monto que venía devengando para el año 2018, en concreto diciembre de 2018.

Bajo ese panorama, respecto al disfrute pensional ha de confirmarse la decisión de la cognoscente de instancia que ordenó su reconocimiento desde el 01 de enero de 2019, pasando a estudiar el segundo problema jurídico planteado.

Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993

Procura el demandante que se disponga reliquidar su pensión de vejez, al considerar que la tasa de reemplazo aplicable a su caso, corresponde al 80% sobre su ingreso base de liquidación, sin que exista reparo respecto al IBL determinado en su oportunidad por la convocada a juicio, el cual asciende a $8`900.832.

De acuerdo con lo anterior y con la finalidad de desatar el recurso de apelación interpuesto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

r = 65.50 - 0.50 s,

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2019, que equivale a $828.116.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

s= IBL/SMLMV
s= $8`900.832 / $828.116

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 10,74.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita (r = 65.50 - 0.50 s), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 10,74 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

10,74 X 0.5= 5.37

r = 65.50 – 5.37
r = 65.50 – 5.37
r = 60.13

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Conforme la resolución de reconocimiento del derecho pensional del actor SUB 100955 del 29 de abril de 2019 (fls. 32 a 40), el señor CRISANTO GONZALEZ RIVERA acreditó durante toda su vida laboral un total de 16.100 días laborados, que corresponden a 2.300 semanas válidamente cotizadas.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 1.000 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = (2300 - 1300 = 1000 1000/50 = 20 x 1.5%= 30 %).

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 1000 semanas adicionales de cotización, esto es, 20 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 30% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (60) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (30%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 90.13%, sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 34 de la ley 100, con su respectiva modificación, en ningún caso el valor de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación.

En este punto es necesario precisar que, no resulta válida la interpretación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 en la forma efectuada por Colpensiones y la Juez primigenia, en el sentido de que el máximo porcentaje con las semanas adicionales sea el 15 % (65% - 85%). Proceder de esta manera contraría la regla de interpretación según la cual debe buscarse el efecto práctico y útil de las disposiciones y contraría el principio del indubio pro operario, según el cual ante la duda en la interpretación de las fuentes del derecho debe prevalecer aquella que favorezca al trabajador o afiliado, por ende, la Sala únicamente aplicó esta función sobre el nivel de ingresos de cotización, con miras a que las semanas cotizadas en exceso generen protagonismo al momento de la determinación de la tasa de reemplazo.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

> *"En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en $4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a $497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio"*

Ante el anterior panorama, tenemos que en efecto le asiste razón al apelante en cuanto a que no existe disposición que permita que para efectos de la determinación de la tasa de reemplazo se imponga un límite en el porcentaje a subir por semanas adicionales y que el mismo sea delimitado por la misma entidad demandada en 15%, pues dicha restricción cercena flagrantemente no solamente el derecho pensional del actor, sino el de todos aquellos afiliados que cuenten en su haber con una densidad significativa de semanas que no podrían tenerse en cuenta por efecto de colocar un límite no previsto en la ley.

Aunado lo anterior, los postulados planteados por la encartada para efectos de negar el derecho pensional del actor en debida forma desnaturalizan lo reflejado en el art. 34 de la ley 100 de 1993, modificado por artículo 10 de la Ley 797 de 2003, pues conforme el número de semanas acreditados por el actor, se desbordaría el tope máximo de porcentaje de reconocimiento pensional, sin embargo, no es la entidad la llamada a crear posturas jurídicas carentes de asidero jurídico tendiente a controlar o limitar el porcentaje de la tasa de reemplazo, pues fue el mismo legislador el que estableció que a través de una fórmula matemática como se debe hallar, al punto de incorporar en la normatividad que en ningún caso la pensión de vejez puede ser superior al 80%, porcentaje que es reclamado justamente por la parte actora.

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de $8.900.832, al aplicársele el 80 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **$7.120.665,6** suma superior a la que reconoció COLPENSIONES en la Resolución SUB100955 del 29 de abril de 2019.

Ahora, frente al retroactivo por el lapso del 01 de enero de 2019 hasta el 31 de abril de 2019, y la diferencia pensional, entre la mesada pensional que reconoció COLPENSIONES y la mesada pensional que le arrojó a esta Sala, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena se obtiene la suma de **$ 28.482.662,** correspondiente a las mesadas causadas del 1 de enero al 31 de abril de 2019, y por diferencias por mesadas causadas entre el 01 de mayo de 2019 al 31 de agosto de 2021, se obtiene la suma de **$ 13.407.980**, y a partir del 1º de septiembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional de **$ 7.510.250**, la cual se reajustará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sobre 13 mesadas pensionales, así como lo previene el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	**IPC**	**Valor real**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2019	3,80%	$ 7.120.666	4	$ 28.482.662
			TOTAL	**$ 28.482.662**

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	**IPC**	**Valor reconocido**	**Valor real**	**Diferencia mensual**	**# mesadas**	**Total retroactivo**
2019	3,80%	$ 6.687.195	$ 7.120.666	$ 433.471	9	$ 3.901.235
2020	1,61%	$ 6.941.308	$ 7.391.251	$ 449.942	13	$ 5.849.252
2021		$ 7.053.063	$ 7.510.250	$ 457.187	8	$ 3.657.492
					TOTAL	**$ 13.407.980**

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal se deben hacer con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

Por otra parte, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción (fol. 7 Archivo No 4 Exp. Digital), hay lugar a estudiar dicho medio extintor, y teniendo en cuenta que la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES se hizo exigible a partir del 01 de enero de 2019, y la reclamación de tal prestación la efectuó el actor el 04 de diciembre de 2018 (fol. 32), la cual fue resuelta a través de la Resolución SUB 100955 del 29 de abril de 2019, notificada el 07 de mayo de 2019 (fol. 31), y entre esta última fecha y la presentación de la demanda que se instauró el 13 de julio de 2020 (fol. 78) no transcurrieron más de 3 años, vale decir, sin que entre una y otra fecha haya superado el término de 3 años establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de lo que se sigue que ninguna diferencia pensional producto de la reliquidación se encuentra prescrita.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

> *"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora,* ***aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal".*** *(Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

> *"De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.*
>
> *Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (…) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a reconocer la prestación con corte de nómina, sin detenerse a verificar que su última cotización lo fue hasta el 31 de diciembre de 2018, además que procedió a la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 de una manera equivocada, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 04 de diciembre de 2018 (Fols. 30 Archivo No 1), por lo que la entidad tenía hasta el 04 de abril de 2019 para reconocer y pagar la pensión de vejez en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 04 de abril de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación, intereses que se causan tanto para el retroactivo generado del 1 de enero al 31 de abril de 2019, como de las diferencias pensionales que se causan con posterioridad al 01 de mayo de 2019.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto prosperó parcialmente la apelación propuesta por la parte demandante solo en lo referido a la tasa de reemplazo. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor CRISANTO GONZALEZ RIVERA, la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2019, aplicando una tasa de reemplazo del 80%, en cuantía inicial de **$7.120.665,6.***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor CRISANTO GONZALEZ RIVERA, el valor de **$28.482.662,** por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 01 de enero de 2019 hasta el 30 de abril de 2019. Y la suma de **$13.407.980,** por concepto de retroactivo pensional por la diferencia de las mesadas causadas desde el 01 de mayo de 2019 hasta el 31 de agosto de 2021. A partir del 01 de septiembre de 2021, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de **$ 7.510.250,** con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993.*

***TERCERO.: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por el retroactivo y las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre el 01 de enero de 2019, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. Intereses que se calcularon a partir del 04 de abril de 2019 y hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago de la obligación".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

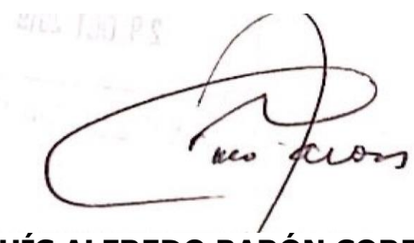
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

***-**Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*