



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ DEL CARMEN FAJARDO BLANCO.
Demandado: UGPP
Radicación: 11001-31050-15-2019-00629-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KATTERINE JOHANNA LUGO CAMACHO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José del Carmen Fajardo Blanco, instauró demanda ordinaria contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el propósito de que declare que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999 y que por tal razón es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita el 15 de abril del 1998 entre la citada Caja y Sintracreditario.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a la encartada a reconocer, liquidar y ordenar el pago de la pensión de jubilación convencional del artículo 41, parágrafo 1 y 3 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, desde el 24 de enero del 2012, fecha en la que cumplió la edad de 55, actualizando el último salario promedio mensual devengado; mesadas adicionales de junio y diciembre; retroactivo pensional debidamente indexado; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999, desempeñando como último cargo el de Analista Crédito y Cartera II,

grado 16 y devengando como último salario promedio mensual de \$2.096.678. Refirió que durante toda la relación laboral estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agraria Sintracreditario y, por tanto, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita el 15 de abril del 1998. Agregó que cumplió 55 años el día 24 de enero del 2012. (fols. 3 a 14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 29); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor no cumple con los requisitos para acceder a la pensión del que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en tanto que su cumplimiento se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación demandada, prescripción, falta de requisito de procedibilidad y buena fe. (fols. 31 a 41)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de marzo del 2021, en la que el Juzgador declaró que tiene el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 a partir del 24 de enero del 2012, en cuantía inicial de \$3.289.369, en 14 mesadas pensionales; misma que tiene el carácter de compartida de la carácter legal, conforme el reconocimiento efectuado por Colpensiones mediante Resolución GNR 307873 del 2014, estando a cargo de la UGPP el mayor valor, es decir, para ese momento lo correspondiente a \$1.041.839. Así mismo, ordenó pagar debidamente indexada las diferencias pensionales que se han causado a partir del 23 de septiembre del 2016 y hasta su momento efectivo, autorizando que se descuente lo correspondiente a los aportes en salud. Finalmente, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales con mayor valor causadas con anterioridad al 23 de septiembre del 2016 y condenó en costa a la encartada.

Como sustento de su decisión indicó que no es objeto de controversia la vinculación laboral del demandante con la extinta Caja por el periodo comprendido entre el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999, en tanto que así también lo certifica el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Agregó que en el plenario obra copia de la convención colectiva vigente por el periodo 1998-1999, así mismo, certificado expedido por el Sindicato donde evidenció la afiliación del actor a Sintracreditario.

En ese sentido, indicó que la vigencia de la convención lo sería de dos años contados a partir del 1 de enero del año 98 y hasta el 31 de diciembre del 99, lo que apuntaba que al momento de la vinculación laboral se encontraba vigente y le era aplicable. Así las cosas, hizo alusión al artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, para significar que se requería de dos requisitos para efectos de tener derecho a la pensión vitalicia de jubilación, situación que adujo acreditó el actor en tanto que laboró por un espacio superior a 20 años y cumplió los 55 años vencidos el día 24 de enero del año 2012.

En lo que respecta a las previsiones del Acto Legislativo 001 de 2005, luego de referirse a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación económica convencional a partir del 24 de enero del 2012, fecha en la que cumplió

los 55 años, habiéndose causado al momento del retiro, pues tuvo más de 20 años de servicio, misma que se hizo exigible en la data referida.

Así las cosas, refirió que el monto de la pensión correspondería a \$3.289.369, además, que correspondería a 14 mesadas pensionales en tanto que no le resulta aplicable el aducido Acto Legislativo, pero, debía ser compatible con la reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 307873 del 2014, quedando un mayor valor a cargo de la UGPP. Por último, en lo que hace a la excepción de prescripción añadió que conforme al Auto ADP 006777 del 22 de octubre del 2019, el actor para el mes de febrero del año 2013 elevó petición ante la entidad que tenía a cargo los reconocimientos pensionales antes de que se creará la UGPP, la cual fue negada en su momento, por lo que tenía hasta el año 2016 para demandar. En esa medida, adujo que la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la presentación de la demanda. (CD. fol. 117).

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación en lo que se refiere al fenómeno de la prescripción declarada parcialmente, argumentando que el reclamo ante la encartada del derecho pensional se dio el 24 de mayo de 2019, por lo que debió declararse probado desde el 24 de mayo de 2016.

6.2. Parte demandada. Por su parte, la accionada adujo en su recurso de apelación que el actor estuvo vinculado a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero desde el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999. No obstante, manifestó que de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005, no habría lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional toda vez que no se causó el derecho con anterioridad al 31 de julio del 2010, esto es, el cumplimiento de la edad, requisito *sine qua non* para su pago. Adujó que el reclamante ya recibió una pensión de jubilación que es incompatible con la prestación económica que ahora reclama y, por lo tanto, tampoco es viable. Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas a la entidad en tanto que actuado conforme a los lineamientos y bajo el principio de la buena fe.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. Alegó en su favor que los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo 1998- 1999, se aplica a todos los trabajadores de la extinta Caja Agraria, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4º de la norma convencional. Así, refirió que el demandante a la fecha del despido ocupaba el cargo de Analista Crédito y Cartera II, Grado 16, en la Oficina de Cúcuta – Norte de Santander, dicho cargo no se encuentra en listado en los cargos antes relacionados, por lo tanto se le debe aplicar la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999.

7.2. Parte demandada. Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005, entró en vigencia el 30 de julio de 2005, estableciéndose una especie de régimen de transición extendido hasta el 31 de julio de 2010, por lo que no es procedente reconocer la pensión de jubilación de acuerdo a la convención colectiva, toda vez que la ley no permite efectuar reconocimientos efectivos después del 31 de julio de 2010, fecha a partir de la cual, las condiciones más favorables establecidas en

materia pensional estipuladas en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales perdieron vigencia.

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, y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Hay lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional solicitada por el actor, pese a la promulgación del Acto Legislativo 001 que entró a regir el 25 de julio de 2005 y que mantuvo la vigencia de pensiones de naturaleza convencional sólo hasta el 31 de julio de 2010?
- (ii) En caso de resultar positiva la respuesta, se deberá igualmente establecer ¿Esta prestación es compatible o compartible con la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones al actor?
- (iii) Además, ¿se equivocó el juzgador de primer grado al declarar probada parcialmente la excepción de prescripción sobre aquellas mesadas pensionales anteriores al 23 de septiembre del 2016?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que el actor estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 21 años, 1 mes y 5 días; tampoco que arribó a la edad de 55 años el día 24 de enero del 2012, dado que nació el mismo día y mes de 1957, ni que fue afiliado a la organización sindical y que se beneficia de la convención colectiva; hechos que sin duda se coligen entre otra documental, de la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural adosada a folio 17, cédula de ciudadanía que milita a folio 16 del cartapacio y certificación expedida por Sintracrédito obrante a folio 25 del cartapacio.

Pensión de jubilación convencional

Como se dejó sentado las pretensiones del actor se orientan a obtener el reconocimiento de la Pensión de Jubilación Convencional, en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, acuerdo que fue incorporado al proceso con las solemnidades previstas en el artículo 469 del C.S.T., como consta a folios 80 a 116.

Ahora bien, el texto de la disposición convencional que se predica como fuente del derecho reclamado es del siguiente tenor:

"ARTICULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"

PARÁGRAFO PRIMERO.- El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual se reiteró las sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1º del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, denotó:

"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuera concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia."

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 55 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad. Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde el 23 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 21 años, 1 mes y 5 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que tiene derecho a la prestación que demanda.

Es dable aclarar por parte de esta Sala para efectos de resolver el argumento expuesto en el recurso de apelación, que acreditado el tiempo de servicio superior a 20 años y además que se beneficiaba de los acuerdos colectivos, el actor se encuentra inmerso dentro de los supuestos de hecho que consagra la norma convencional, mismos que no se finiquitaron para el 31 de julio del 2010, ante la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 01 reformativo del artículo 48 de la Constitución Política, pues, pese a que el actor arribó a la edad de 55 años con posterioridad a dicha calenda, esto es, el 24 de enero del 2012, ciertamente ya ostentaba un derecho adquirido, en tanto que al cumplir los requisitos para consolidar el derecho pensional convencional, su disfrute apenas estaba supeditado al cumplimiento de la edad.

En ese sentido, aunque es indiscutible que fue voluntad del constituyente en el citado acto legislativo que a partir de su entrada en vigor (25 de julio de 2005) no fuese posible que a través de la negociación colectiva se consagraran en convenciones, pactos, laudos o acuerdos válidamente celebrados, condiciones pensionales diferentes o por encima de las establecidas por el legislador en las leyes que rigen el sistema general de pensiones, y las existentes se mantendrían por el término inicialmente estipulado, estableciendo que en todo caso, perderían vigencia el 31 de julio de 2010, fecha entonces a partir de la cual no resultarían aplicables, lo cierto es que, el acto legislativo no eliminó los derechos pensionales que se causaron mientras estuvo en vigencia el compendio convencional que los consagró, por tratarse de derechos adquiridos que surgieron o se causaron mientras el mismo existió en el mundo jurídico; tal es el caso que ahora concita la atención de la Sala, pues, resulta forzoso concluir que el demandante al reunir los requisitos en vigencia del convenio convencional que consagró la pensión jubilatoria mantendría su derecho adquirido, pese a la vigencia del acto legislativo, ya que se hallaba apenas a la perspectiva del cumplimiento de edad, para su exigibilidad o disfrute.

En esa medida, la sentencia atrás citada sintetizo:

"En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un

requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010."

De acuerdo con el anterior derrotero, no le asiste razón a la censura en el sentido de sostener que la pensión reclamada por el actor había desaparecido del mundo jurídico ante la existencia de la preceptiva reformativa, y por el contrario, es claro que el Juez de primer grado atinó al conceder la prestación solicitada, máxime cuando aquellos requisitos para su causación no fueron objeto de controversia, esto es, el tiempo de servicios y la terminación del nexo contractual en vigencia del texto normativo, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

Cuantía de la pensión

La pensión de jubilación aquí reclamada debe ser pagadera en armonía a lo expresamente establecido en el artículo 41 del texto convencional, esto es, el equivalente al "75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios" y conforme al parágrafo tercero que establece:

"Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:

Primer factor fijo. *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*

Segundo factor. *Valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos factores se tomará el 75% establecido."

Así las cosas, a folios 17 obra certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, misma en la que da cuenta los factores salariales que el actor devengó durante el último año, correspondiendo a la suma de \$8.259.187, que, al dividirlo entre 12 meses, arroja un promedio base salarial de \$688.266, que, al sumarlo con el factor fijo, esto es, 1.408.412, arroja un total de **\$2.096.678**.

Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que el demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 55 años conforme lo dispuso

la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$
$$VA = \$2.096.678 * \frac{109,15(IPC \text{ dic } 11)}{52,18(IPC \text{ dic } 98)}$$

VA= \$4.386.213

Una vez realizado los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios del actor indexado arroja la suma de \$4.385.718, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, conforme a lo indica la cláusula 41, arroja una mesada inicial para el año 2012 de **\$ 3.289.369**. Mesada que deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión -27 de junio de 1999- no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005. En esa medida, se confirmará la sentencia en este punto.

Prescripción

Ahora, la Sala se ocupará de resolver los cuestionamientos que plantea la parte actora en torno a la excepción de prescripción, la cual fue propuesta en oportunidad procesal pertinente por la parte demandada. La discusión se centra en determinar si el fenómeno de la prescripción operó respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de mayo del 2016 o al 23 de septiembre del 2016, como lo coligió el Juez primigenio.

En esa medida, cumple recodar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las

posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.”

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda el demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al momento en que el demandante arribó a la edad de 55 años, esto es, el 24 de enero del 2012, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó la actora respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

En este punto, vale la pena aclarar que, si bien esta magistrada ponente compartió la postura de los demás magistrados que integran la Sala al deducir que el fenómeno de la prescripción en materia pensional se veía interrumpido por la simple reclamación del trabajador, pero por una única vez, lo cierto es que la providencia citada, emitida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, cambia totalmente el panorama frente al reconocimiento actual y que mantiene esta Sala, en la medida en que interpreta el alcance que se le debe dar respecto de la prescripción cuando se trate de prestaciones con carácter periódico; criterio aquel que está demás decir que no se aparta esta Juzgadora, dado su carácter vinculante, debido a que dicha autoridad es llamada a unificar la jurisprudencia nacional de esta jurisdicción especialísima.

Bajo este entendimiento, como magistrada ponente **recojo cualquier criterio contrario** que en otrora hubiere adoptado.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión convencional se hizo exigible el 24 de enero del 2012, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular así:

Se tiene que el actor elevó reclamación ante la demandada, misma que le fue resuelta mediante Resolución No. 0349 del 7 de febrero de 2013 (Expediente Administrativo); por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta la misma fecha del año 2015. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron. Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 7 de febrero del 2013, el actor apenas vino a presentar nueva reclamación el 24 de mayo del 2019, por lo que prescribieron las causadas con anterioridad a la misma fecha de 2016, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada el 23 de septiembre del 2019, esto es, dentro de los tres años siguientes.

En esa medida, es claro que incurrió en error el sentenciador de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada la demanda y no al 24 de mayo del 2019, en tanto que esta última es como consecuencia de una segunda reclamación que se hizo sobre el derecho pensional y que interrumpió la prescripción de mesadas pensionales

tres años atrás, por manera que se sigue modificar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

Retroactivo pensional

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala procederá modificar el numeral 4° de la sentencia de primer grado, ordenar que el pago debidamente indexado de las diferencias pensionales que se han causado debe hacerse desde el 24 de mayo del 2016 y hasta su momento efectivo.

Compartibilidad de la pensión de jubilación convencional

Con el propósito de desatar la controversia que suscita la entidad accionada, ha de señalarse que conforme al acopio probatorio allegado al expediente se observa que al actor le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, pensión de vejez a partir del 24 de enero del 2012, mediante Resolución GNR 307873 del 3 de septiembre del 2014.

En esa medida, con el fin de establecer si la pensión que le fue reconocida en este asunto al promotor del proceso es compartible o compatible con la pensión de vejez a éste reconocida por Colpensiones, cumple recordar que que la compartibilidad de las pensiones se reglamentó mediante el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5°, dispuso la compartibilidad de éstas y la obligación del empleador de pagar el mayor valor que resultare entre lo que venía pagando y lo reconocido por el ente de seguridad social, así como seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte.

A su vez, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, señaló el 17 de octubre de 1985, continuarían cotizando para los seguros de vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando sus trabajadores cumplieren con los requisitos por esta entidad exigidos para otorgar la pensión de vejez, siendo a partir de ese momento obligación del patrono, cubrir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. Asimismo, se indicó que las pensiones serían compartidas a partir de la citada data, salvo que en el acto de origen (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes), se estableciera expresamente la compatibilidad.

Dicho lo anterior, resulta suficiente establecer que la pensión de jubilación otorgada al demandado es compartible con la legal de vejez reconocida por Colpensiones, caso en el cual quedaría a cargo de la demandada únicamente el mayor valor si lo hubiere, en tanto que su compatibilidad no quedó expresamente señalada en el texto convencional antes citado. Por las consideraciones hasta aquí expuesta, sin dubitaciones habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

Costas impuestas en primera instancia a UGPP

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada 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 imponerle costas en primera instancia,

máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

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 3º de la sentencia proferida el 17 de marzo del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, para ordenar el pago debidamente indexado de las diferencias pensionales que se han causado desde el 24 de mayo del 2016 y hasta su momento efectivo, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 4º de la sentencia confutada, para declarar probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de mayo del 2016.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no causarse.

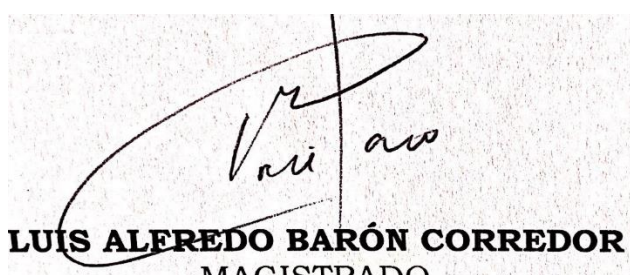
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALICIA ARAMENTHEZ RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES
Radicación: 11001-31050-38-2018-00509-01
Tema: APELACIÓN - INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO, 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. Alicia Aramenthez Ramírez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito de que se declare la nulidad de las Resoluciones expedidas por la encartada, mediante las cuales negó la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, como consecuencia, se disponga el pago de \$39.706.049, según cuadro de liquidaciones que se hizo con base a los \$54.918.391 consignados por su empleador Avianca S.A. a su historia laboral. Así mismo, solicitó el pago del incentivo del 20% sobre el monto de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva previsto en el artículo 16 del Decreto 2983 de 2013 a que tiene derecho; y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró como azafata de Avianca desde el 1 de marzo de 1962 hasta el 28 de junio de 1975 (SIC), quien le informó que pagó la suma de \$54.918.381 el 16 de abril de 2012 con el fin de que fueran corregidas las cotizaciones del periodo comprendido entre dicha data. Indicó que mediante Resolución GNR 337740 del 26 de abril del 2014, reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por valor de \$1.811.973.

Sin embargo, adujo que el 25 de noviembre de 2017 solicitó el pago de \$54.918.381 correspondiente al pago realizado por el empleador, sin embargo, mediante Resolución SUB 28383 del 31 de enero del 2018 Colpensiones resuelve negar la reliquidación solicitada, a la que interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, no

obstante, fue confirmada su negación, pese a que la misma entidad señala que el valor de su indemnización sustitutiva de pensión de vejez es por valor de \$39.706.049. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico folios 1-14).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico folio 52); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio contestación con oposición a las pretensiones declarativas y condenatorias concernientes, argumentando que si bien se tiene acreditado que Avianca por cálculo actuarial giro al ISS hoy Colpensiones la suma de \$54.918.91 por los aportes desde el año 1967 a 1975, este valor no va ser igual al que se otorga al dar la indemnización sustitutiva ya que esta tiene unas reglas de liquidación que están establecidas en el Decreto 1730 de 2001, artículo 3, parámetros que tuvo en cuenta para la liquidación de la ya otorgada prestación económica.

Agregó que el pago del incentivo del 20% sobre el monto de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva no aplica para la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en tanto que opera cuando el afiliado manifiesta la voluntad de hacerse parte en los BEPS e iniciar su ahorro con el dinero devuelto por la administradora, en virtud del parágrafo 8 del artículo 5 del Decreto 2983 de 2013. el pago del incentivo del 20% sobre el monto de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva en el artículo 16 del Decreto 2983 de 2013. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico folios 53 a 67)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de marzo del 2021, en la que el fallador absolvió a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, condenando en costas a la parte demandante. (Expediente digital, audio 08AudienciaFallo20210319)

En función de lo que interesa al recurso de apelación, el Juzgador basó su decisión en que la indemnización sustitutiva de pensión está regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, disposición que se reglamentó por medio del Decreto 1730 de 2001, mismas que señalan como debe liquidarse la señalada prestación. Así las cosas y teniendo en cuenta que la actora acredita cotizaciones por un total de 443 semanas, las cuales, al tenor de lo consignado en la Resolución GNR337740 DEL 2014, fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la citada indemnización en cuantía de \$1.811.973.

En ese sentido, señaló que los actos administrativos de su reconocimiento como de la negación de la reliquidación, dan cuenta que tomó los ingresos base de liquidación sobre los cuales cotizó la accionante desde 1967 a 1975 en virtud del cálculo actuarial que pagó Avianca, sin que advierta irregularidad alguna que amerite el reajuste del valor de la indemnización sustitutiva de vejez reconocida. Ello en tanto que se tuvo en cuenta los porcentajes, IBL y actualización, sin que tenga efecto el importe del cálculo actuarial toda vez que no tiene causalidad para su liquidación.

5. Impugnación y límites del ad quem. El demandante impugnó la decisión argumentando que a la luz del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 se debe tener en cuenta dentro de la fórmula para efectos de la liquidación de la indemnización sustitutiva el salario base de cotización promediado según el Decreto 1158 de 1994, la actualización anual con base IPC, la cual la encartada no tuvo en cuenta al momento de realizar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado del 10.5%, dado

que contrario a lo anotado por el A quo, no equivale al 10%, por tanto, existiendo una diferencia de \$29.922.814.

6. Alegatos Colpensiones. En su escrito indicó que mediante resolución GNR 33 77 40 del 26 de septiembre del 2014, reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el favor de la actora, con base a 443 semanas cotizadas, hasta el 28 de junio de 1975, así como el salario base sobre el cual cada uno de los empleadores le cotizaron y aplicando la fórmula para el caso determinó legislador, es decir, la contenida en el artículo 3° del decreto 1730 del 2001, qué reglamento del artículo 37 de la ley 100 de 1993, arrojó la suma allí indicada.

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.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer:

- ✓ ¿Acertó el Juez de primer grado al negar el reajuste de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, al considerar que la liquidación efectuada por Colpensiones no fue equivocada?

Reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, se debe señalar que no es objeto de controversia que (i) La señora Alicia Aramenthez Ramírez estuvo afiliada al Sistema de Seguridad Social administrado por el entonces ISS a partir del 1 de enero del año 1967, (ii) No es pensionada, (iii) Que la solicitud que la actora efectuó ante Colpensiones tuvo lugar el 2 de julio del 2014 (Expediente digital, carpeta 02ExpedienteAdministrativo), mediante formulario proforma de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 (iv) Que en respuesta la demandada en Resolución No. GNR 337740 de 26 de septiembre de 2014, concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$1.811.973, con 443 semanas cotizadas, acto administrativo que le fue notificado el 3 de octubre del 2014, y (v) Que dicho acto administrativo, ante la solicitud de su reliquidación elevada el 25 de noviembre del 2017, fue confirmado por Colpensiones mediante Resoluciones SUB 28383 del 31 de enero de 2018 y DIR 4689 del 2 de marzo del 2018. (Expediente digital, carpeta 02ExpedienteAdministrativo)

Bajo ese contexto, se observa que la actora al estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

"ART. 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"

Por manera que, habiendo cumplido los requisitos mencionados, tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los

porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica y siendo este el punto de controversia es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3 lo siguiente:

"ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.

Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993."

Conforme a lo anterior, la censura cuestiona al Juez de primigenio que, aunque se reconoció mediante la Resolución No. GNR 337740 del 2014 la indemnización sustitutiva de pensión en cuantía de \$1.811.973, teniendo para el efecto únicamente 443 semanas cotizadas, no tuvo en cuenta para efectos de su liquidación el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales cotizó el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, esto es, el 10.5%, al punto que arrojó al plenario una liquidación por valor total de \$29.922.814,59, considerando entonces que esa suma es la que corresponde por concepto de indemnización resarcitoria de la pensión de vejez.

Sin embargo, pese al esfuerzo del recurrente por tildar de errónea la conclusión a que llegó el a quo para negar sus pedimentos, su desfase salta a la vista, especialmente, cuando aduce que el promedio ponderado de los porcentajes debe partir sobre el 10.5% y no del 10%. Ello es así, por cuanto dicha intelección no fue arribada por el juez de primer grado, ya que este adujo que la liquidación de la prestación económica realizada por Colpensiones se situaba bajo las voces del Decreto 1730 de 2011 de ahí que no hubiera ninguna suma a reajustar. Por manera que dicha estimación fue el soporte para

tomar una decisión absolutoria en torno a las pretensiones puesta en consideración, máxime cuando lo expuesto por el recurrente ni siquiera estuvo planteado en la demanda.

En todo caso, si se pasaran por alto tales desafueros, la conclusión no sería distinta a la que arribó el juez de primer grado, ya que no es cierto que el Decreto 1730 de 2011 señale que dicho porcentaje sea el que deba ser tomado para efectos de obtener el promedio ponderado de los porcentajes sobre las cotizaciones, pues, es claro al indicar que cuando la administradora del régimen de prima media con prestación definida no maneje separadamente las cotizaciones para los riesgos de vejez, invalidez y muerte con las cotizaciones para salud, antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir, se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al **45.45%** de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

Bajo ese contexto, si bien es cierto que a partir de la ley 100 de 1993 se estableció los aportes para pensión, estableciendo para el año 94 una cotización del 8%, para el 95 del 9% y en 10% a partir del 1996, no quiere ello decir que con anterioridad al 1993 a las cotizaciones se debe aplicar el 10%. Pues la interpretación armónica en la aplicación matemática de la fórmula que señala el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, es que se debe aplicar del 10% al 45.45% del total de la cotización, situación que nos arrojaría el 4.5% para la participación de los riesgos invalidez, vejez y muerte. En este punto, importa precisar el seguro social profirió los Decretos 1825/65, 1036/72, 2580/74, 2394/74, 3090/79, 3630/83 y 2879/86, aplicables al caso en concreto, pues nótese que el actor conforme a su historia laboral cuenta con cotizaciones posteriores al año 1967.

Es por ello de que la liquidación efectuada por la parte actora donde señala que el porcentaje del promedio de cotización es del 10.5% no está llamada a prosperar, pues ni la ley 100 de 1993 ni el Decreto Reglamentario 1730 de 2001, señalan ese porcentaje. Además, lo anterior cobra más importancia toda vez que en la citada liquidación ni siquiera se expone el factor aplicado para el IPC inicial como final, conforme a las directrices otorgadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE –, el cual, debe corresponder al de “índices – series de empalme”; menos aún indica el ingreso base de liquidación al que debe aplicarse tal actualización.

Al margen de lo expuesto huelga precisar, que más allá de lo anterior, considera la Sala que tampoco habría lugar a revocar la sentencia reprochada, en tanto, que al realizar la liquidación correspondiente de la cantidad resarcitoria de vejez se evidencia que no existe diferencia alguna en el valor reconocido por Colpensiones, tal como se expone a continuación:

Cálculo Indemnización Sustitutiva de Pensión								APORTE PENSIONAL
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1967	365	0,131	113,91	870,206	\$ 446,00	\$ 388.111,99	\$ 4.722.029,26	4,50%
1968	366	0,141	113,91	808,446	\$ 478,00	\$ 386.437,05	\$ 4.714.531,98	4,50%
1969	365	0,149	113,91	762,884	\$ 510,00	\$ 389.070,76	\$ 4.733.694,20	4,50%
1970	365	0,163	113,91	699,263	\$ 555,00	\$ 388.091,16	\$ 4.721.775,78	4,50%
1971	365	0,173	113,91	658,923	\$ 592,00	\$ 390.082,43	\$ 4.746.002,90	4,50%
1972	366	0,197	113,91	577,839	\$ 676,00	\$ 390.619,23	\$ 4.765.554,64	4,50%
1973	365	0,225	113,91	506,911	\$ 771,00	\$ 390.828,39	\$ 4.755.078,70	4,50%
1974	365	0,279	113,91	408,524	\$ 957,00	\$ 390.957,56	\$ 4.756.650,34	4,50%
1975	179	0,352	113,91	323,327	\$ 1.210,00	\$ 391.225,53	\$ 2.334.312,30	4,50%
Total días	3101	Total devengado toda la vida laboral actualizado				2014	\$ 40.249.630,12	
Total semanas	443,00	Ingreso Base Liquidación					\$ 389.386,94	
		SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PROMEDIO SEMANAL S.B.L.P.S.					\$ 90.856,95	
		PROMEDIO PONDERADO DE LOS PORCENTAJES DE COTIZACIÓN P,P,C					4,5000%	
		TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN					\$ 1.811.233,36	

En ese sentido, no es viable acceder a las pretensiones elevadas por la parte activa, en tanto que no hay sumas pendientes de pagar por Colpensiones. Bajo dichas consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, por lo que así se decidirá. Costas 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

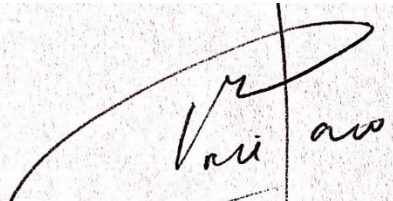
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

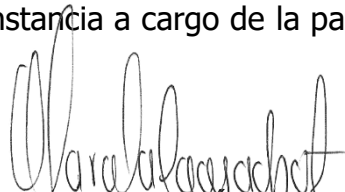


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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 DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$ 500.000.



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: MARTHA LUCY CASTRO ESCOBAR
Demandado: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA
Radicación: 1100131050-37-2017-00232-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - PENSIÓN ESPECIAL – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de 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. Martha Lucy Castro Escobar instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA con el propósito de que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por hija invalida, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4, inciso 2 de la Ley 797 de 2003 y que como consecuencia de ello, se dispusiera a su favor el pago de la citada prestación económica, a partir del momento que la norma le otorgue su derecho, con su respectiva indexación e intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que es madre soltera, cabeza de hogar, desempleada desde hace más de 5 años y quien no tiene solvencia económica tampoco depende económicamente de ninguna persona. Indicó que tiene una hija con discapacidad mental profunda desde su nacimiento, con una pérdida de capacidad laboral del 62.50%.

Refirió que nació el 11 de mayo de 1961, por lo que para el año 2017 cumplió 56 años; que según registra la historia laboral emitida por la encartada cuenta con 1.184 semanas cotizadas para la pensión especial de vejez por invalidez de su hija. Agregó que en uso del derecho de petición solicitó el reconocimiento de la citada prestación económica, sin embargo, le fue negada sin ningún fundamento legal. (fls. 3 a 14).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.
Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la actora no cumple con los requisitos contenido en el

artículo 33, parágrafo 4, inciso 1 de la Ley 100 de 1993 en tanto que no acredita el total de las semanas requeridas en el régimen de prima media con prestación definida; tampoco cumple con la edad exigida para el reconocimiento pensional, esto es 57 años; ni se tiene certeza del porcentaje de invalidez, como quiera que la Junta Regional de Calificación de Invalidez no ha emitido dictamen que así lo acredite. Propuso como excepción previa la de falta de integración de litis consorte necesario y como perentorias las de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión de vejez por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, falta de competencia y petición antes de tiempo, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación. (fl. 65 a 85).

2.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda por considerarlas improcedentes frente a la entidad. En lo que hace a los hechos, indicó no constarle ninguna de las situaciones fácticas expuestas, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó ausencia de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Hacienda en el reconocimiento pensional de la demandante, buena fe y genérica. (fls. 150 a 157).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en ambos procesos, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos. (fl. 149)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por tener a cargo a su hija inválida, prestación que se encuentra a cargo de la encartada. Por tanto, condenó a su pago a partir del 27 de octubre del 2016, con una mesada equivalente a un SMMLV; retroactivo pensional en la suma equivalente a \$48.185.724 calculado desde el 27 de octubre de 2016 hasta el mes de febrero del 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago efectivo. Autorizó a la demandada realizar los descuentos respectivos por concepto de seguridad social en salud y, por último, condenó en costas.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si había lugar al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido a favor de la actora, en los términos del inciso 2, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con su modificación. Conforme a ello, luego de advertir a la parte accionante que en el presente asunto no se trataba de verificar si había lugar o no a declarar la ineficacia del traslado en tanto que así no había solicitado en el escrito primigenio, memoró el contenido de la preceptiva citada y la interpretación que las Altas Cortes le ha dado y con ello indicó que la demandante acreditaba la condición de madre de la joven Martha Rocío Guantiva Castro, misma que cuenta con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 62.50%, conforme así lo determina la EPS, que fue ratificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que calificó en un 60% su PCL, con fecha de estructuración el 30 de mayo del 2006.

En lo que hace a la dependencia económica refirió que, de conformidad con las declaraciones extraprocesales allegadas al plenario, de las cuales no se solicitó su ratificación, además, del interrogatorio de parte y la consulta del RUAF, se encontraba demostrado que su madre es quien procura por sus necesidades básicas de su hija, acotando que, aunque recibe ayuda para la alimentación y salud por parte de su hermano, tal situación no releva la dependencia económica de la menor.

Respecto de las semanas cotizadas indicó que la actora se afilió a varias entidades administradoras de pensiones y, por tanto, de las semanas allegadas en precedencia pudo

colegir que acreditó para el 30 de junio del 2011 un total de 1.203.57 semanas efectivamente cotizadas al Sistema General de Pensiones. En esa medida coligió que la fecha de estructuración de su hija fue el 3 de mayo del 2006 y su última cotización fue realizada en la citada data, por tanto, la causación de la pensión se debía mirar al año 2011, como quiera que para aquella oportunidad la actora dejó de emplearse y quedó al cuidado de su hija, indicando que para dicha data solo se exigía un total de 1.200 semanas, por manera que concluyó que la demandante cumplía con los requisitos para ser acreedora de la pensión especial por hija invalida.

Así las cosas, dijo que el disfrute de la prestación lo sería a partir del 27 de octubre del 2016, momento en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional, infiriendo que para aquella data se evidenciaba la clara intención de desafiliarse del Sistema General de Pensiones. (Cd fl. 206)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.

En sustento de su recurso indicó que no es cierto que la actora contó con el requisito establecido de 1.300 semanas necesarias para ser acreedora de la pensión económica reclamada, menos que contara con 1.200 semanas, pues, solo llegó a 1.184 semanas.

Por otro lado, adujo que la gestora del proceso no hizo debidamente ante la entidad la calificación de pérdida de capacidad laboral, lo que raya con el debido proceso, en tanto que no pudo controvertirla. Además, se opuso a que el retroactivo se deba pagar desde el año 2016 en forma indexada, considerando que no hizo en legal forma la petición establecida ante la entidad, además, en razón a que las mesadas pensionales se reajustan con la variación del IPC, no procediendo la indexación condenada.

Último que debía haber compensación sobre las costas procesales condenadas, como quiera que sufragó el costo del dictamen ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. (Cd fl. 206)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandada. Manifestó que la demandante no acreditó las semanas requeridas para la pensión objeto de condena, por tanto es claro que el Juzgador de instancia hizo una valoración equivocada al encontrar de manera inexistente semanas que no ha cotizado la actora en su totalidad para acceder al derecho pretendido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión especial de vejez por hija inválida?
- (ii) Para tal efecto, se entrará a resolver ¿La señora Martha Lucy Castro Escobar demostró el requisito de invalidez de su menor hija y el mínimo de semanas

requeridas para adquirir la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida?

- (iii) De encontrarse positivas las respuestas deberá determinarse ¿Se debe condenar al pago del retroactivo pensional de manera indexado?
- (iv) ¿Hay lugar a modificar el valor de las costas procesales y compensar el valor que sufragó por concepto del dictamen practicado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez?

Pensión especial por hija inválida

Con el propósito de desatar los anteriores problemas jurídicos que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que la actora **tiene una hija**, cuya fecha de nacimiento corresponde al 21 de septiembre de 1986; que la citada hija **depende económicamente** de la madre; y que su última cotización fue el 30 de junio del 2011, cuando quedó cesante y al cuidado de la joven.

Sentado lo anterior y con miras a resolver el primer cuestionamiento, cumple recordar que el parágrafo cuarto inciso segundo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 del 2003 establece que la madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en ese estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigidos en el RPMPD para tener derecho a una pensión de vejez.

En este punto es necesario recordar que la posibilidad de acceder a este tipo de pensión se extendió al “padre trabajador” a través de la sentencia de la H. Corte Constitucional C-789 del 2006. Es decir, que para tener derecho a la pensión especial de vejez deprecada se deberá acreditar: (i) Tener un hijo inválido (ii) Ser madre o padre trabajador (iii) Dependencia económica del hijo frente al padre o madre y (iv) Mínimo de semanas exigido en el RPMPD.

Tener un hijo que padezca invalidez física o mental

Referente a la primera condición, esto es el requisito relacionado con el estado de invalidez, es menester indicar que según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Así mismo, el actual Manual Único para la Calificación de Invalidez, Decreto 1507 de 2014, define como invalidez aquella que supera el 50% o más de pérdida de capacidad laboral, y según lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, dicho estado puede ser determinado por las entidades adscritas al sistema de seguridad social, o bien directamente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando la persona interesada así lo solicita, caso en el cual estas actuarán como peritos, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1352 de 2013, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 dispone que el estado de invalidez será determinado con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la valoración, mismo que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral, por ende, las entidades encargadas de fijar en una

primera oportunidad el grado de invalidez, origen de las contingencias y la fecha de estructuración, como Colpensiones, las ARL y EPS, deberán seguir a cabalidad con dicho texto.

Por último, se dejó sentado que en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad, para que la entidad remita su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, decisión que será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dicha calificación deberá contener los criterios técnico-científicos de evaluación y pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

No obstante, aunque el dictamen de pérdida de capacidad laboral es por **regla general** la prueba conducente para determinar el grado de invalidez de una persona, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que en casos como el que ahora nos ocupa, **no constituye la única prueba idónea** para su determinación, haciéndose imperativo valorar en conjunto la totalidad del acervo probatorio para garantizar los derechos de las personas en estado de discapacidad, objeto de una especial protección constitucional, como se indicó en sentencias **T-859/14, T-730 del 2012 y T-151 de 2015**.

Señaló además, de manera expresa que un dictamen expedido por una entidad oficial como el Instituto Nacional de Medicina Legal o una sentencia judicial que declare la interdicción **por discapacidad mental absoluta** de una persona constituyen pruebas de su invalidez sin que, existiendo éstas, se pueda exigir de todas maneras la valoración del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, pues en el caso de la petición de pensión por parte del hijo inválido, no es necesario determinar la fecha a partir de la cual ha dejado de trabajar ni el porcentaje de PCL disminuido a raíz de la enfermedad o accidente, presupuestos que si resultan indispensables cuando se persigue la pensión de invalidez con el objetivo de menguar los efectos de la contingencia que le impide ejercer en el mercado laboral, conforme al propósito del art 38 de la Ley 100 de 1993.

Sumado a lo dicho, tal como lo preciso la A quo, en materia de valoración probatoria, *"los jueces de instancia, al encontrarse en presencia de varios elementos probatorios que conduzcan a conclusiones disímiles, tienen la facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, pudiendo escoger dentro de las probanzas allegadas al informativo, aquellas que mejor los persuadan, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtualidad para constituir un evidente yerro fáctico capaz de derruir la decisión"* SL1474-2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo dichas precisiones, procede a verificar la Sala si se encuentra demostrado que la Joven Martha Rocío Guantiva Castro tiene condición de invalidez superior al 50%. Para tal fin, allegó su progenitora certificación expedida por la EPS Sanitas el día 20 de mayo del 2016, según la cual textualmente certificó lo siguiente:

*"Con la presente, nos permitimos informar que la EPS SANITAS en aplicación del Manual Único para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional (Decreto 1507 de 2014), calificó la Pérdida de Capacidad Laboral de **MARTHA ROCÍO GUANTIVA CASTRO** con **CC 1032377131** en: Sesenta y dos puntos Cincuenta por ciento (62.50%)"*

Ahora, por solicitud que hiciere la encartada en la contestación de la demandada, el Juzgado en audiencia del que trata el artículo 77 del CPT y de la SS decretó dictamen pericial ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cuya entidad el día 7 de noviembre del 2019 rindió la experticia solicitada determinando como pérdida de

capacidad laboral de Martha Rocío Guantiva Castro el 60%, teniendo en cuenta los siguientes diagnósticos:

"Cefalea, Epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionado con localizaciones (focales) (parciales) y con ataques parciales simples, otras anomalías hipoplásicas del encéfalo, retraso mental moderado: deterior del comportamiento de grado no especificado"

Determinación a la que no se opuso ninguna de las partes, pese al traslado que se hizo en providencia adiada el 3 de marzo del 2020.

En ese orden, de la lectura de los anteriores medios probatorios, emerge claro que las intelecciones del Juez de primera instancia fueron manifiestamente acertadas y que comparte íntegramente esta Sala, ya que es claro que la actora probó la condición de invalidez, misma que supera con creces el 50% de pérdida de su capacidad laboral.

Bajo lo dicho y en lo que hace a los reproches expuestos por la recurrente, según los cuales manifestó haberse vulnerado su debido proceso en tanto que no se corrió traslado del dictamen proferido por la EPS Sanitas SA, es evidente que tal aspecto no se halló demostrado en la medida que surge diáfano de los medios de convicción que la encartada tuvo conocimiento de aquel en el mismo momento en que la parte actora solicitó la prestación económica, por manera que si consideraba que el citado dictamen no cumplía con las condiciones señaladas en el Decreto Ley 019 de 2012 o a lo sumo al Decreto 1507 de 2014, debió iniciar con los trámites tendientes a descartar dicho dictamen con la verificación de la pérdida de capacidad laboral de la joven, para con ello establecer si ostentaba una mengua laboral superior al 50%.

De hecho, según se observa del acopio probatorio la entidad al dar respuesta a la solicitud de la mentada pensión, ni siquiera se entre vista su oposición al dictamen expedido por la EPS, en tanto que solo se remitió a negar la prestación económica argumentando la falta de cotizaciones al sistema. Nótese, además, que tal situación se corrobora en este asunto, pues, tampoco en oportunidad legal desconoció ni tachó de falso el citado documento, menos se opuso al dictamen que ella mismo solicitó.

De lo expuesto, atinó el fallador de primera instancia al determinar que extremo activo, cumplió con el requisito de acreditar la condición de discapacidad de su hija ante el haz probatorio arrojado al proceso, el cual, deja en evidencia la situación de discapacidad superior al 50%. Así las cosas, se sigue mantener la decisión que en este ítem tomó el A quo.

Mínimo de semanas exigido en el RPMPD

En punto a la densidad de cotizaciones como requisito para obtener la pretensión que demanda, es necesario advertir que como se dijo en líneas precedentes, la pensión especial de vejez por hijo discapacitado contenida en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100/93, fue creada con el objeto de otorgar a las madres o padres trabajadores que han alcanzado el mínimo de semanas necesario para acceder a la pensión ordinaria de vejez, independientemente de la edad, una prestación económica que les permita ocuparse de manera exclusiva de los cuidados y necesidades de sus hijos inválidos, relevándolos de tener que ejercer una actividad laboral para cubrir las obligaciones económicas de ambos, de tal manera que su propósito esencial y específico es el goce anticipado de la pensión de vejez en aras de que el afiliado madre/padre del invalido pueda brindar los cuidados especiales que requiere su hijo discapacitado y apoye su proceso de rehabilitación, siempre que no se

reincorporen a la fuerza laboral, que el hijo (a) permanezca en ese estado y que además dependa de ellos.

Es por ello, que la citada preceptiva exige para la fecha en que se pretende el reconocimiento de la pensión, cuando menos cumpla con el mínimo de semanas que se requieren para la obtención de la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Ahora, sobre la exigencia de cotizaciones necesarias para acceder al derecho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2277 de 26 de mayo del 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz explicó:

"Ante este estado de cosas debe advertirse que no asiste razón alguna a la censura en el reproche hermenéutico que atribuye al Tribunal, pues, como lo señala expresamente la norma, el mentado número de semanas de cotización corresponde cuando menos al mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, es decir, el vigente para cuando se pretende la causación del derecho, es decir, el inicialmente fijado por el art. 9 de la Ley 797 de 2.003, esto es, 1.000 semanas en cualquier tiempo, incrementadas en 50 a partir del 1 de enero de 2.005, y a partir del 1 de enero de 2.006 en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2.015, si a partir de la primera anualidad y en cualquiera de las subsiguientes es que se pretende la estructuración del derecho. (...)

Ahora bien, comprendidos como presupuestos para acceder a la prestación especial, la necesidad de acreditar a la fecha de estructuración del estado de invalidez la densidad de semanas para acceder a la pensión especial, que son las mínimas que en ese momento se exijan para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, debe entenderse que si la fecha de estructuración es anterior a la vigencia de la Ley 797 de 2003, se tendrá derecho a la prestación siempre que al 29 de enero de 2003 se acreditaran 1.000 semanas de cotización, de lo contrario, se impone continuar cotizando hasta alcanzar la densidad de semanas mínimamente requerida para la pensión de vejez, conforme a los incrementos establecidos para cada anualidad, hasta llegar a las 1.300 semanas en el año 2015.

En esa línea, la Sala, al resolver una controversia similar en sentencia CSJ SL 4402-2018, indicó lo siguiente:

De lo anterior se desprende que fue intención del legislador flexibilizar los requisitos para alcanzar la pensión especial de vejez, es así como no introdujo para su obtención el cumplimiento de la edad, pero sí mantuvo la obligación de cumplir la densidad de semanas mínima que para la época de expedición de la ley era de 1000 semanas cotizadas, de forma tal que del derecho especial se pudiera gozar únicamente cuando el afiliado cumpliera con las cotizaciones suficientes para financiarla.

Por tanto, el «mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez», es el inicialmente fijado por el art. 9 de la L. 797/03, esto es, inicialmente 1000, que se incrementarían a 1.050, a partir del 1 de enero de 2005; y en 25 cada año, a partir del 1 de enero de 2006, hasta llegar a 1.300, en el año 2.015.

Al respecto en la sentencia SL281-2018 del 24 de enero de 2018, se dijo:

La lectura desprevénida del párrafo en mención, con las precisiones hechas por la Corte Constitucional en las sentencias C-227 de 2004, C-989 de 2006 y C-758 de 2014, permite colegir que los requisitos para acceder a esa pensión especial son la existencia de un hijo inválido y dependiente del padre o de la madre, y que este o esta hayan cotizado el mínimo de semanas exigidos en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. En lo que respecta con el requisito de la invalidez del hijo, juega un papel importante la fecha de su estructuración, pues si con este momento coincide que el padre o la madre, según el caso, tengan cotizado el número

mínimo de semanas para acceder a la pensión de vejez, surge con carácter incontrastable el derecho a dicha prestación.

El tribunal se equivoca cuando marca como frontera para acreditar los requisitos la fecha de la solicitud, en tanto, a su juicio, son las semanas cotizadas en esa fecha las que deben tenerse en cuenta para efectos de acceder a la pensión de vejez. Es decir, el tribunal le da más importancia a la fecha de la solicitud de la prestación como uno de los elementos de causación del derecho pensional, que a la fecha en que los requisitos exigidos realmente se han configurado. Con esa idea, confunde la fecha de causación del derecho con la fecha en que se eleva la reclamación de este, y olvida que causado un derecho pensional legal, de carácter general y sin condicionamiento alguno, surge para sus beneficiarios el disfrute del mismo sin que ninguna ley posterior permita su enervación, por cuanto ya puede calificarse como un derecho adquirido. La fecha de la reclamación podrá tener otros efectos jurídicos, pero nunca la pérdida de ese derecho. (...)

De lo transcrito, es claro que cuando el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, alude al mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, primeramente, se refiere el número de cotizaciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, en el momento en que estructura invalidez de la hija (o los beneficiarios del régimen de transición, que tendrán que acreditar la densidad de semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990); al punto que también ha considerado ese Alto Tribunal que la causación del derecho puede surgir en el momento en que nace la dependencia y cuidado del hijo invalido, pero nunca en la oportunidad en la que se hace su reclamación como lo pretende hacer ver la aquí llamada a juicio.

Así entonces, resulta razonable sostener que al no ser un hecho discutido por las partes que la fecha de estructuración de discapacidad de la joven Martha Rocío Guantiva Castro lo fue el 3 de mayo del 2006, es claro que para aquella data solo se exigía un mínimo de 1.075 semanas en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Por manera que para efectos de convalidar si la actora acreditó el número mínimo de aportes pensionales, debe observarse el historial laboral allegado por las múltiples entidades, mismas que refieren lo siguiente:

Entidad	Desde	Hasta	Número de semanas cotizadas
Colpensiones	30/11/1978	28/02/1997	787,43
Colfondos	1/03/1997	30/05/2000	80,42
Protección	1/06/2000	31/07/2003	162,85
Porvenir	1/08/2003	3/05/2006	135,428
Total			1166,128

Bajo tal entendimiento es claro que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hija discapacitada contenida en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003. En consecuencia, no se observa ningún yerro que amerite a la sentencia reprochada, pues aun cuando en esta se estimó que era posible acudir al momento en que la actora realizó su última cotización, esto es, 30 de junio de 2011, ello no tilda de errónea la procedencia de la prestación económica, en tanto que para el 3 de mayo del 2006 ya tenía causado su derecho.

Fecha del retroactivo pensional

En síntesis, sin lugar a equívocos tenemos que el promotor del litigio para dicha data ya reunía los requisitos para la causación de esta prestación, ahora, respecto del disfrute de

la pensión, debe advertirse que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la pensión se hace exigible cuando el afiliado ha dejado de trabajar, tal y como fue manifestado en la sentencia No. 40517 de fecha seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013).

De esta suerte, si bien el Juzgador indicó que el disfrute de la prestación económica lo sería a partir del día en realizó la petición de esta a la encartada, esto es, el 27 de octubre del 2016, de ahí que sea notable su desacierto en la medida que su exigibilidad debía ser tomada el día en que la actora dejó de trabajar, esto es, cuando realizó su última cotización al subsistema de seguridad social en pensiones y quedó al cuidado de su hija, esto es, el 30 de junio del 2011, debiéndose así reconocer a partir de allí el retroactivo pensional causado, salvo las mesadas afectadas por el fenómeno de la prescripción, esto es las causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2013; no obstante, debe mantenerse incólume la condena que impartió el A quo, pues, emerge claro que no se puede agravar la situación jurídica de la demandada al ser la única apelante.

Indexación

Sobre tal cuestión, basta con concluir que el Juez de primer grado no se equivocó al impartir la indexación del retroactivo condenado, en tanto, que aquella contrarresta los efectos deflacionarios del que se vio afectada con el transcurso del tiempo, por manera que, para mantener el valor adquisitivo las sumas ordenadas, necesario es que sean indexadas, tal como se señaló en sentencia SL2695-2019. Máxime cuando es claro que la condena que se impartió lo fue sobre el conglomerado de mesadas pensionales causadas y no como tal del derecho a la pensión reclamada.

Costas impuestas en primera instancia.

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada 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 imponerle costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

Cabe aclarar que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. Además, es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias, menos aún entrar a tasar o compensar los gastos del proceso, como es el valor que se generó por concepto del dictamen antes referenciado, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas en segunda instancia. En esta instancia judicial a cargo de la demandada.

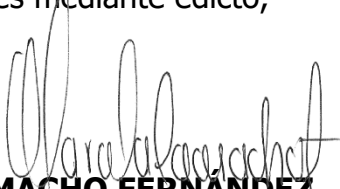
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

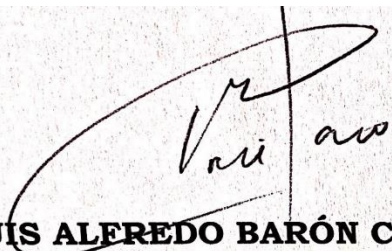
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

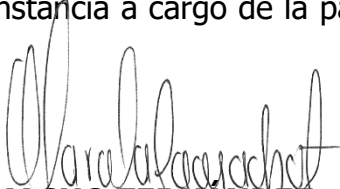


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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 DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte 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: JIMMY ARCESIO ZAMBRANO ÁLVAREZ
Demandado: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS
Radicación: 19-2015-00050-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – MODIFICA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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.

1.1. Pretensiones: Jimmy Arcesio Zambrano Álvarez, instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con el propósito de que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

En consecuencia de dicha pretensión de orden declarativo se condene a Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a expedirle la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado; a Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial; a la citada AFP tener en cuenta el tiempo laborado por el actor para efectos de liquidar la pensión de vejez.

Así mismo, peticionó que se condene a todas y cada una de las demandadas a pagar los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial y la pensión de vejez de conformidad al artículo 16 de la Ley 446 de 1998; el valor correspondiente a los intereses de mora; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- A la pretensión cuarta; por efectos de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del

Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, se ordene aquella a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.

- A la pretensión cuarta y décima peticionó que por efectos de la responsabilidad subsidiaria se ordene a La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se condene a pagar a la AFP Porvenir SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones.

Luego de aludir a lo que fue de la situación jurídica de la Flota Mercante, liquidación y su terminación, así como las acciones para la inclusión del cálculo actuarial de los trabajadores de la citada entidad, señaló que cuenta con 52 años, convive actualmente con la señora Angela María Vélez Pardo, quien cuenta con la edad de 48 años y tiene dos hijas menores. Sostuvo que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de junio de 1983 al 7 de febrero de 1994.

Informó que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA funciona la organización sindical ASOMMEC, la cual actualmente tiene vigente la personería jurídica; que entre esta y el sindicato firmaron convenciones colectivas de trabajo, entre esas, la convención colectiva de marzo de 1985, de la cual aduce ser beneficiario por encontrarse a paz y salvo con el tesoro sindical.

Señaló que el actor efectuó conciliación ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el día 10 de febrero de 1994, en la cual no se estipuló acerca del tiempo laborado y no cotizado. Añadió que el último cargo desempeñado fue el de Primer Ingeniero a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana SA y respecto del salario, adujo que esté compuesto por los factores salariales señalados en la convención colectiva vigente del 2 de marzo de 1988 hasta 1 de marzo de 1991, el cual se compone, según la liquidación de prestaciones sociales, así:

- Salario básico mensual de US 1.034 dólares americanos.
- Sobre remuneración US 754 dólares americanos.
- Prima de antigüedad del 16% correspondientes a US 274.01 dólares americanos.
- Salario en especie (alimentación y alojamiento) US 210 dólares americanos.
- Viáticos y suplemento US 19.497 dólares americanos.
- Incidencia de las primas extralegales donde el 8.33%, correspondiente a US 190.58 dólares americanos.

Por lo que el promedio salarial mensual correspondió a la suma de US 2477,56 dólares americanos. Por último, arguyó que se encuentra afiliado a la AFP Porvenir SA y tiene cotizadas 666 semanas, entidad que no ha reclamado el bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA. (Cuad.1, fls. 4 a 15)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias. Aceptó los hechos 1.1. al 1.11., 1.18, 1.26, 1.30 al 1.33, 1.35 al 1.38., 2.1., 2.6 al 2.8, 2.10.,

3.19 y negó los demás o señaló no constarle. En su defensa expuso que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, contenido de la responsabilidad subsidiaria que se pretende endilgar no se presume; que el objeto de la presencia es la causa que dio lugar a la situación de concurso, la que desvirtuará, pero no cubre aquellos otros requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad, como lo son, la toma de una decisión constitutiva de abuso del derecho; abuso fundado en la adaptación de una determinación orientada a favorecer la matriz a costa del perjuicio de la subordinada. Propuso como excepciones de mérito las de ausencia de responsabilidad subsidiaria y genérica. (Cuad.1 fls. 542 a 583).

2.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aclarando que no asumió la posición, en tanto que el vínculo con la Compañía Flora Mercante en Liquidación es única y exclusivamente contractual y, las obligaciones de la fiduciaria emanan del Contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138, por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el citado nexo contractual. En lo atinente a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 1.24, 1.26, 1.27, 1.31 al 1.34, 1.36 al 1.39, parcialmente el hecho 1.40 y los demás adujo no constarles. Propuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y genérica. (Cuad.1 fls. 589 a 605).

2.3. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aceptó el hecho 3.22 y respecto de los restantes manifestó no constarle. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerció control sobre la esta, la cual es una persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía. Indicó que el promotor del proceso se afilió al RAIS, administrado por la AFP Porvenir SA desde el 23 de septiembre de 1994, además, tiene derecho a que se emita en nombre suyo un bono pensional tipo A, modalidad 2 por haberse trasladado al citado régimen, el cual tendrá lugar el 24 de febrero del 2024, fecha en la cual cumplirá 62 años. Propuso como excepciones de fondo las de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación alguna, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (Cuad.1 fls. 653 a 663).

2.4. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. En su respuesta no se opuso ni se allanó a las pretensiones principales enlistadas en los numerales 1° al 4°, así como a las subsidiarias 10° a 11°. Respecto de las demás se opuso argumentando que es claro que al demandante le debe ser garantizado su derecho a la seguridad social y, por ende, sería necesario que la Fiduciaria La Previsora o el Fondo Nacional de Cafeteros o el Ministerio demandado, según se considere el responsable de tal obligación, efectuar el pago del título pensional correspondiente a las cotizaciones de los tiempos laborados que no fueron pagadas. Por otro lado, manifestó no constarles o no ser ciertos los hechos expuestos en el libelo genitor.

Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de obligación, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad, ausencia de prueba efectiva de daño, inexistencia del daño alegado y genérica. (Cuad.1 fls. 678 a 701)

2.5. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Se opuso a las pretensiones de la demanda, a excepción de la pretensión de orden declarativo, argumentando que actúa como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014, por lo que no es correcto tener por sentado que ejerce la representación legal de la CIFM, máxime cuando esta dejó de existir a la vida jurídica. Indicó que no le asiste derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial y como consecuencia de ello el traslado del bono pensional o cálculo actuarial, dado que durante el periodo en el cual prestó los servicios a favor de la Liquidada CIFM no existía obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos, además, por cuanto a que el ISS solo asumió el riesgo mediante la Resolución No. 03296 del 2 de agosto del 90, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1.8, 1.9, 1.11, 1.18, 1.19, 1.24, 1.27, 1.30, 1.39, 2.8, 3.1, 3.3, 3.4, 3.9, 3.17, 3.20, 3.24, y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia 2013-00627-01 proferida por el H. Consejo de Estado, para el tiempo de la vigencia del vínculo laboral no existían figuras como cuotas partes o bonos pensionales, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, genérica, oposición a la condena y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

(Cuad.1 fls. 730 a 752).

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

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2019, misma en que la falladora declaró que el actor laboró a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana SA entre el 8 de junio de 1983 hasta el 7 de febrero de 1994; declaró responsable subsidiaria a la Federación Nacional de Cafeteros en Calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA en lo relacionado con el conocimiento y pago del cálculo actuarial o bono correspondiente al periodo laborado entre la citada calenda.

De esa forma, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros en Calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café al reconocimiento y pago del cálculo actuarial (bono tipo A de modalidad 2) por los aportes a pensiones; ordenó a la Fiduprevisora SA., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota elaborar el cálculo actuarial, el cual, deberá ser remitido a Asesores en Derecho SAS y a la Federación Nacional de Cafeteros, este último como administrador del Fondo Nacional del Café, para que trasladen los correspondientes recursos con el fin de que sean consignados posteriormente a Porvenir SA. Ordenó a Asesores en Derecho SAS expedir las correspondientes resoluciones o actos administrativos, así mismo, al patrimonio autónomo Panflota, para que una vez reciba los recursos por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, traslade el valor del bono pensional determinado con destino a AFP Protección SA, con el fin de cubrir los aportes pensionales correspondientes al periodo laborado.

Condenó a la demandada AFP Porvenir SA, para que una vez materializado el bono pensional, realice el estudio pensional correspondiente en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

Para arribar a tal decisiva y en lo que interesa a los recursos de apelación formulados por las partes, señaló en primer lugar que el problema jurídico se circunscribía a determinar si había lugar al pago del cálculo actuarial o bono pensional por el período laborado para la Flota Mercante Gran Colombiana. Con tal fin, debía establecer previamente el alcance de la obligatoriedad sobre el pago de los aportes a pensiones de quienes a la fecha el vínculo laboral no existía la obligación legal y forzosa de afiliación al ISS, particularmente para los trabajadores marítimos de quienes el señalado instituto asumió el riesgo pensional mediante la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

Así las cosas, luego de referirse sobre las pruebas allegadas al plenario, sostuvo que no existía discusión en torno a la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, así como sus extremos temporales, pues, al respecto obra certificación en la que daba cuenta que el actor laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana SA desde el 8 de junio de 1983 hasta 7 de febrero de 1994, en el cargo de Primer Ingeniero.

Conforme a ello, recordó la Ley 90 de 1946, misma que estableció el seguro social obligatorio y creó el Instituto de los Seguros Sociales, pero solo desde el 1 de enero de 1967, cubriendo inicialmente los riesgos profesionales y maternidad; además que con la expedición del Decreto 1824 de 1965, se aprobó el reglamento de inscripciones, aportes, y recaudos para el seguro de invalidez, vejez y muerte; y que con el Decreto 3041 de 1966, que aprueba el Acuerdo 24 del mismo año, estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial.

Adujó que dicha obligación no fue inmediata, sino, que inició de manera paulatina en la medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional de manera que al menos en los sitios donde no existía cobertura no había obligación de afiliar al régimen y en tal medida la exigencia del reconocimiento de las prestaciones continuaba en cabeza del empleador. Destacó que mediante Resolución 3292 del 2 de agosto de 1990 el ISS llamó a escribir al régimen de los seguros sociales obligatorios de invalidez vejez y muerte al personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo.

Así las cosas, concluyó que en principio la obligación respecto al pago de los aportes pensionales nació a cargo de dicho empleador a partir del 15 de agosto de 1990, no habiendo lugar a la constitución del bono pensional deprecado, sin embargo, en virtud de la jurisprudencia de las altas cortes, debía ordenar el pago de los aportes pensionales bien sea a través de un título pensional, bono pensional o cálculo actuarial con el fin que el trabajador en la vejez tenga protección, como lo ha determinado la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Ahora, sobre la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, acotó que en aplicación de lo prescrito en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y el carácter mayoritario

de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradores del Fondo Nacional del Café dada la composición accionaria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, no cabía duda de que la mentada es la matriz responsable ante la liquidación y posterior extinción jurídica de su subordinada, en los términos del artículo 148 de la Ley 225 de 1995. Por tal razón, estableció que el pago del bono pensional o cálculo correspondiente a los tiempos laborados por el demandante debía ser asumido por aquella, con destino a Porvenir SA.

En cuanto a los valores salariales refirió que, de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales confrontada con la convención colectiva suscrita entre la empresa y el sindicato ASOMECE, el actor devengó 25.493,87 dólares por concepto de salario promedio mensual, el cual, convertido en pesos conforme a la tasa de cambio, el salario probado al 10 de enero de 1992, fecha de terminación del vínculo equivaldría a \$1.580.336. Sin embargo, adujo que debía ajustarse al monto máximo permitido de cotización, como efectivamente lo realizó la Flota Mercante luego del año 1990. Además, que para la constitución del bono pensional debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, preceptiva que tomó el 30 de junio de 1992 como fecha de referencia para determinar su valor, por lo que sería el equivalente a \$665.070 como monto máximo asegurable.

Sentado lo anterior, refirió que debía definirse si se debe constituir un título o un bono pensional tipo A que son los emitidos por las entidades públicas. Al respecto, indicó que el Fondo Nacional del Café es una cuenta pública de naturaleza parafiscal constituida con recursos públicos, cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la actividad del precio internacional, por tanto, al ser accionista mayoritario de la Compañía de Inversiones Flota Mercante SA debía emitir un bono pensional tipo A modalidad 2.

Agregó que la Fiduprevisora SA debía elaborar el cálculo actuarial del bono pensional ya referido, teniendo en cuenta el otrosí No. 3 del 30 de octubre del 2012 modificatorio del contrato de fiducia Mercantil, cuya cláusula 4ª, numeral 25 se pactó la obligación de elaborar el cálculo actuarial en lo que corresponda a los exempleados de la extinta Flota Mercante, el cual, debía ser remitido a Asesores en Derecho y la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, para que trasladen los correspondientes recursos del bono pensional. (Cuad.1 Cd. fol. 820).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación de forma parcial indicando que el salario base de liquidación del bono pensional debe ser el último salario que devengó el trabajador en vigencia de la relación laboral, razón por la que debía corregirse la suma que declaró la A quo, máxime cuando se deben aplicar las leyes que le corresponden, es decir, el Decreto 1299 de 1994.

Refirió que la entidad que debe realizar el cálculo actuarial es a la cual está afiliado el trabajador, en este caso AFP Porvenir SA, en tanto que es a satisfacción de esa administradora que debe recibir los dineros para que procedan a su pago de la pensión, ello de conformidad con el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. En esa medida, sostuvo que Asesores en Derecho efectivamente debería enviar el acto administrativo a la Fiduprevisora, quien pide los dineros a la Federación Nacional de Cafeteros, para que estos se giren a favor del fondo de pensiones.

Por otro lado, consideró que es un hecho notorio que el Fondo Nacional del Café este quebrado, por lo que respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede absolverse, hasta no tanto este satisfecha la obligación, toda vez que es el dueño del citado Fondo. (Cuad.1 Cd. fol. 820).

5.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Refirió en su alzada que disiente en cuanto a la declaración de obligación de aprovisionamiento y afiliación a cargo del ex empleador del señor Zambrano Álvarez, ya que los periodos que fueron reclamados por aquel tuvieron lugar durante un lapso anterior a la vigencia del actual régimen general de Seguridad Social, periodo de tiempo respecto del cual las obligaciones del empleador se englobaban en las contenidas en el régimen de jubilación del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones relacionadas.

Sostuvo que la obligación de aprovisionamiento de aquellos empleadores cuyo cargo se encontraba bajo dichas posibilidades, es decir, en el reconocimiento de pensiones, máxime cuando su obligación nació cuando fue llamado a adscripción al régimen de seguros sociales de los trabajadores marítimos, es decir, a partir de la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, que fijó como fecha para tal efecto el día 15 de agosto de esa anualidad. Indicó que no se podían utilizar para la solución de esta controversia los supuestos suministrados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues responde a otras hipótesis y escenarios distintos.

Arguyó que debía revisarse la orden del bono pensional tipo A, modalidad 2, en tanto que no se trata de una entidad pública u oficial, máxime cuando se halló plenamente demostrado que el Fondo Nacional del Café es una cuenta sin personalidad jurídica. Manifestó que debía en la liquidación del cálculo actuarial descontarse la porción que se encuentra a cargo del trabajador, en los términos de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, adujo que se le está condenado a un responsable que no es principal, sino subsidiario, imponiéndosele a una carga desproporcionada, ello atendiendo a la figura de la responsabilidad subsidiaria mediante la cual se fulminan las condenas en su contra. En esa medida, anotó que no resultan argumentos suficientes el hecho del que el Fondo Nacional del Café se constituya un accionista mayoritario de la extinta compañía, en tanto que las decisiones que se adoptaron en torno a la sociedad fueron también adoptadas por los socios minoritarios.

Agregó que aportó pruebas documentales, mismas en las que se daba cuenta que la crisis en la que se vio sumida la Flota Mercante Grancolombiana respondió a complejas particularidades del negocio naviero que se hicieron a principios de la década de los 90. Lo cual sumado a situaciones de índole económico y del mercado generaron que los activos administrados por la compañía se vieran afectados por una progresiva desvalorización, circunstancias que escapan al control de cualquier accionista o administrador y que sin lugar a duda dejan sin sustento el supuesto de que la situación concursal se motivó en una decisión abusiva de la Federación Nacional de Cafeteros en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. (Cuad.1 Cd. fol. 820).

5.3. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Interpuso recurso de apelación argumentando que pese a lo dispuesto en la Ley 90 de 1946, mediante la cual se creó el ISS, conminado a los empleadores a efectuar cotizaciones para efectos de cubrir los riesgos del invalidez, vejez y muerte, dicha obligación para la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante nació tan solo a partir de la Resolución

No. 3296 de 1990, es decir, hasta el 15 de agosto de 1990, por tanto no hay lugar a que se ordene efectuar el cálculo actuarial correspondiente al período que determinó el A quo, reiterando que para aquella fecha no existía la obligación de cotización, máxime cuando realizó en exceso cotizaciones por 48 días a partir del día en que la compañía realizó la afiliación del actor al ISS.

Ahora, advirtió que en caso de que se confirme la decisión de primer grado debía tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estableció que el empleador tiene a su cargo el pago del 75% y el trabajador el 25% restante de la cotización, por lo tanto, no puede pretenderse que la extinta Flota Mercante sea responsable del pago completo de las cotizaciones, máxime cuando no existía la obligación de realizar tales aportes a favor de los trabajadores de mar. Así mismo, solicitó que se tenga en cuenta al momento que se efectuó el cálculo actuarial en el entendido de que deberán descontarse 121 días por concepto de suspensiones o licencias otorgadas al extrabajador acreditados en la liquidación final. (Cuad.1 Cd. fol. 820).

5.4. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. En su apelación indicó que, si bien se condenó a la Fiduprevisora SA, no se mencionó como Administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, por lo que solicitó que se modificará tal cuestión, es decir, que debía ser en dicha calidad. Sostuvo que la elaboración del cálculo actuarial no se encuentra en su cabeza, en tanto que recae en otra entidad diferente, esto es, la administradora a la que se encuentra afiliado el extrabajador, máxime cuando no habría congruencia entre las pretensiones del actor y la condena. Indicó que su obligación principal, según contrato mercantil, es trasladar los recursos que disponga el Fondo Nacional del Café a la administradora pensional, por lo tanto, solicitó revocar o modificar la condena. (Cuad.1 Cd. fol. 820).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Indicó que la Flota Mercante si tenía la obligación legal de inscribir a sus trabajadores, por el llamamiento que hizo el ISS mediante Acuerdo No. 257 de 1967. Sostuvo que para la liquidación del cálculo actuarial se debe tomar el último salario que devengó el trabajador, es decir, para el caso en concreto el señalado en las prestaciones sociales. De otro lado afirmó que de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se probó en el expediente que es el titular de la cuenta Fondo Nacional del Café, es decir, es el Estado Colombiano, por ello debe continuar como demandado.

6.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Alegó que sólo administra el denominado Fondo Nacional del Café, cuenta especial que se encuentra constituida con recursos públicos de destinación específica, es decir, parafiscales, que deben utilizarse de manera exclusiva en beneficio del sector, gremio o grupo que los tributa, y de señalar que a la Federación en su condición de socio mayoritario de la CIFM, no se le puede imponer obligación de carácter patrimonial por no existir ninguna clase de relación laboral ni contractual con los empleados de ésta.

Refirió que la sentencia SU-1023 proferida por la Corte Constitucional no puede ser tomada como regla de decisión de las presentes diligencias ya que dicho proveído posee un alcance determinado, que no es otro, que el de conceder un amparo provisional e inmediato a los pensionados de la CIFM para el pago de sus pensiones mientras los jueces competentes, que no son los de la jurisdicción constitucional por acción de tutela sino los jueces ordinarios, deciden acerca de la responsabilidad

subsidiaria que algunos de ellos alegaron por la vía constitucional, a cargo de la entidad controlante de la mencionada empresa.

6.3. Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. En su escrito solicitó se confirme la sentencia de primer grado, por considerar ajustada a la legalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes 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 los recurrentes.

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

- i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al condenar el pago el bono pensional con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, por el tiempo en que estuvo vinculado a la antigua Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA., a pesar de no existir la obligación de efectuar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por cuanto los trabajadores marítimos fueron llamados a inscripción a partir del 15 de agosto de 1990?
- ii) De ser afirmativa la respuesta, debe determinarse ¿A qué entidad de las codemandadas corresponde efectuar la liquidación del cálculo o reserva actuarial, para efectos de su pago?
- iii) Además, ¿Cuál es el ingreso base para liquidar el cálculo o reserva actuarial reclamado por el actor con ocasión al tiempo laborado en la citada Flota Mercante y es viable ordenar su pago mediante la modalidad de bono pensional tipo A modalidad 2?
- iv) ¿El A quo erró al ordenar a la demandada sufragar la totalidad del título pensional, sin tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 le impuso al trabajador contribuir proporcionalmente en la cotización?
- v) ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café o de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, sobre la relación laboral y el hito inicial se corroboran con el contrato de trabajo, visto en cuaderno 1, folios 459 a 463, mismo que da cuenta que entre el señor Jimmy Arcesio Zambrano Álvarez y Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, se inició una relación de índole laboral el 8 de junio de 1983, la cual terminó el 7 de febrero de 1994, conforme se observa en el "AVISO DE RETIRO" suscrito por la misma Compañía (Cuad.1 fl. 464), hechos que además fueron corroborados en acta de conciliación

celebrada por las partes ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección Regional de Santafé de Bogotá, el 10 de febrero del mismo año. (Cuad.1 fl. 18).

Existencia del sindicato y su afiliación

La existencia de la organización sindical denominada **ASOCIACIÓN NACIONAL DE OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA "ASOMMEC"**, de primer grado y de gremio, fue acreditada con el certificado expedido el 21 de enero del 2014 por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, el cual se encuentra a folio 465 del 1 cuaderno. Adicionalmente, se encuentra probada la afiliación del demandante a la organización sindical, pues a folio 17 del expediente se observa certificación expedida por el presidente de **ASOMMEC** que da cuenta que el actor se encontraba afiliado en virtud del contrato de trabajo suscrito con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., liquidada, antes Flota Mercante Grancolombiana S.A., encontrándose a paz y salvo.

Pago de aportes a seguridad social en fecha anterior a la cobertura gradual del ISS en el territorio nacional

Sobre este aspecto y con el fin de adentrarse al estudio de los recursos de apelación propuestos por las demandadas, necesariamente se debe partir por recordar que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS, lo cual, solo vino a suceder a través de la Ley 90 de 1946, que reguló el seguro obligatorio, además, creó el ISS quien a su turno debía asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en los lugares donde se diera inicio a la cobertura y en forma gradual. De ahí que los empleadores estaban abocados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiese laborado a su servicio y entregarlo a la entidad, a efectos de reconocer el derecho pensional.

En esa medida, la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba el ISS, que como ya se indicó, esta se hizo de forma gradual, de manera que ante la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliados al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debería asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior, existe obligación por parte de los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente, posición que ha sido sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples de sus sentencias. Precisamente en sentencia SL5535-2018 se sostuvo:

"En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al condenar al empleador a «reconocer y constituir TITULO (sic) PENSIONAL» a favor del accionante, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1972 y el 2 de enero de 1984, pues como quedó visto en precedencia, ello condujo a la protección integral que se debe al trabajador.

Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:

[...] Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo "siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" contenida en el literal "c" parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...).

De esta suerte y con acopio de la sentencia que se trajo de forma extensiva a esta cuestión, contrario a los expuesto por las impugnantes, la intelección de la Juez de primer grado fue acertada, en tanto que es evidente que en los casos en que el empleador no

afilió a sus trabajadores al subsistema de seguridad social en pensiones, debe asumir el pago del título pensional correspondiente a esos periodos. Es por lo que, con fundamento en el aquel criterio, para la Sala es claro que, del periodo no cotizado y laborado por la demandante a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., es decir, del 8 de junio de 1983 al 28 de agosto de 1990, se deriva la obligación de esta última, en afiliarse y pagar el título o bono pensional en la administradora de fondo pensional de su elección, conforme así lo dispone los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, referente a la crítica que expone la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café en torno a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, generadas con anterioridad a su vigencia, la Sala precisa que, si bien dicha normatividad es posterior al tiempo que se aludió, lo cierto es que la citada preceptiva y criterio se debe aplicar, pues por una parte, las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación, *"son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados"* (SL14388-2015); y por otra, la obligación de afiliación es permanente e incondicional, encontrando su sustento en la prestación del servicio por parte del trabajador, tal como se indicó en sentencia SL1169-2018.

Máxime cuando también se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, precisamente sobre el argumento que trae a colación la censura que *"pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS., máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico."* (SL646-2013)

Además, no sobra precisar, que los medios de convicción aportados al proceso también avizoran que la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., mediante Resolución No. 00003296 de 1990, fijó como fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo el 15 de agosto de 1990, situación que llevó a que la empleadora surtiera la afiliación de su trabajador hoy demandante, pues según se desprende de la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales Liquidación, su afiliación y posterior cotización lo fue a partir del 29 de agosto de 1990 al 25 de marzo de 1994, teniendo como ingreso base de cotización de \$665.070. (Cuad.1 fl. 704 a 705).

De manera que, no le cabe duda a esta Corporación sobre la obligación que tenía como empleadora la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. de realizar el cálculo actuarial o título pensional respecto del tiempo de servicio prestado con anterioridad al 29 de agosto de 1990, es decir, del 8 de junio del 1983 al 28 de agosto de 1990, por manera que al no existir prueba que permita discernir su pago, resulta procedente su reconocimiento y posterior pago, tal como lo acotó la juez de primer grado, sin embargo, se **MODIFICARÁ** la orden que impartió el A quo en el numeral 4º, en el sentido que deberá realizarse por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y hacerse a su favor por la entidad a cargo, conforme lo señala el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual estará representado por un título o bono pensional calculado conforme lo dispone los Decretos 1887 de 1994 y

Decreto 1748 de 1995, ello, en atención a que el demandante se encuentra afiliado a la citada administradora, conforme se advirtió precedentemente.

Cálculo actuarial necesario para efectos de convalidar los tiempos de vigencia del contrato de trabajo, y en los que no se efectuaron cotizaciones al Sistema General de Pensiones, de acuerdo con el literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, deberá ordenarse a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, realizar el respectivo cálculo actuarial, y del mismo dar traslado a la entidad que le corresponde efectuar el pago de este y que se entrará a determinar posteriormente.

Finalmente, en lo que atañe a que dicha liquidación se le deba restar 121 días licencias y suspensiones que se aduce en la liquidación de prestaciones sociales, la Sala no puede acceder a dicho pedimento, en tanto que en aquel medio probatorio no se establece si la licencia fue remunerada o no, lo que impide también establecer los días de suspensión. En lo que respecta a los días cotizados por el empleador posteriores a la finalización, tampoco se accederá a tal ruego, pues, leída con sumo detenimiento la contestación de la demanda, no fue propuesto como medio exceptivo el de compensación, lo que imposibilita a la Sala pronunciarse al respecto, en los términos del artículo 282 del CGP.

Salario base

La parte actora en su alzada pretende que, para liquidar el cálculo actuarial ordenado por la A quo, la entidad correspondiente debe tener como salario base el que percibió al momento del finiquito de la relación laboral que los ató. Además, insiste la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, que no se debería tomar como referente el bono pensional tipo A, modalidad 2, en tanto que no es una entidad del orden público ni oficial.

Dado el ataque formulado contra la sentencia de primer grado, no es un hecho en discusión que el actor al momento de su retiro devengó un salario básico mensual de \$1.580.336, por manera que para desatar el recurso cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. A su vez, el artículo 117 del mismo canon señala que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos del cálculo, entre otros factores, el salario "*base de cotización*" a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de esa data si se encontraba cesante.

En lo que hace referencia a los títulos pensionales, aquellos son pagarés expedidos por las Empresas que tenían a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Decreto 2222 de 1995, mismos que tendrán las características de los bonos pensionales que hace alusión el Decreto Ley 1299 de 1994, tal como lo dispuso el artículo 6, por lo que su base salarial será igual a la del citado artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional (cuyas características deben ser tomadas también por los títulos pensionales) del demandante antes del 30 de junio de 1992, dado que para esa data el vínculo laboral con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. ya se encontraba fenecido, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable

a efectos de liquidar el monto del bono o título pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Bajo tal contexto, es evidente que no se equivocó el juez de primer grado al colegir que el monto máximo asegurable o en su defecto el salario base de cotización sería la suma de \$665.070 y no de lo devengado al momento del finiquito de la relación laboral con su otrora empleadora, esto es, \$1.355.128, de ahí que se incurra en un desatino en la apelación, máxime cuando en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia debía tomarse el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, que declaró inexecutable dicho literal. (SL1857-2021)

En tal virtud y como quiera que los reglamentos del ISS establecían el límite máximo de salario asegurable de la época, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establecía que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070, la citada cifra es la que debe tenerse en cuenta como la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, de ahí que sea la base del bono o título pensional que se ordena. De tal suerte, en nada se le reprocha al a quo haber utilizado como salario base para efectos del calcular el bono o título pensional teniendo cuenta lo antedicho y, no como lo pretende el recurrente al señalar que correspondía a lo percibido al finiquito del laborío, por consiguiente, la Sala considera que es imperativo confirmar la decisión que sobre tal situación se arribó el Juez primigenio.

Sin embargo, y como quiera que en este preciso asunto fue materia de discusión por la apelante el tipo y modalidad del bono pensional ordenado por la A quo, se modificará la condena dispuesta, en el sentido de indicar que el cálculo actuarial será representado en un bono o título pensional, tal como lo dispone el inciso 2° del parágrafo 1° de la Ley 100 de 1993, sin que para ello se haga necesario entrar a hacer más consideraciones, en tanto que el título como el bono pensional tienen las mismas características, según lo antes dicho, además, porque tal situación es meramente administrativa, máxime si se tiene en cuenta que en este asunto la obligación de pagar los aportes a pensiones por los tiempos laborados, se hará mediante cálculo actuarial a satisfacción del fondo de pensiones codemandado, tal como lo pretendió el demandante en su escrito demandatorio, circunstancia que por demás únicamente dio lugar a la discusión que hoy atañe a este asunto.

Pago de la totalidad del cálculo actuarial representado en un bono o título pensional

Incumbe a la Sala verificar si el juez primigenio se equivocó en cuanto ordenó a sufragar la totalidad del bono pensional, para ello, basta con traer a colación lo resuelto sobre tal punto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que de manera pacífica y reiterada ha indicado, precisamente en sentencia SL2584-2020, reiterada en sentencia SL673-2021, lo siguiente:

“La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la

obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.”

De ahí que sea más que una razón suficiente para no hallar razón a la censura, y en ese sentido habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre tal aspecto, en tanto que no es procedente que el título pensional sea distribuido entre las partes.

Cumplimiento de la sentencia y de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.

Al respecto y con el fin de determinar a qué entidad o entidades corresponde el cumplimiento de la orden del pago del cálculo actuarial, se tiene que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo 5°, indicó:

"ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guardó concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la que señaló que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es matriz o controlante de la Flota Mercante Gran Colombiana SA y por ende se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le impuso poner a disposición del liquidador los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Flota Mercante.

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, para que la

fiduciaria administrara los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Ante la terminación de la liquidación obligatoria de la CIFM y su aprobación de la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador de la CIFM, la Superintendencia de Sociedades mediante número 400-016211 modificó el numeral vigésimo séptimo del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, para en su lugar advertir a los que tuvieron calidad de partes laborales dentro del proceso concursal liquidatario, que cualquier reclamación de tipo laboral o pensional deberá efectuarse ante el Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En tal virtud, en auto 400-010509 ordenó al liquidador de la Compañía nombrar un mandatario con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA con el fin de que atendiera las solicitudes y trámites, pero únicamente respecto de las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la Compañía y sus beneficiarios; con tal fin el Liquidador de la CIFM suscribió contrato de mandato con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y nombró la Dra. Carmen Isabel Suarez Gutiérrez; el mencionado contrato de mandato fue cedido por el Liquidador a PANFLOTA, quien ostenta actualmente la condición de mandante; y en virtud del contrato de mandato No. No. 9264-001-2014 suscrito entre Fiduciaria la previsora S.A. como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y Asesores en Derecho S.A.S., es esta última quien actualmente actúa como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.

Conforme a lo anterior, será la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA la responsable del pago del cálculo actuarial aquí ordenado y en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo, asumirá esta obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, dada a su calidad de empresa matriz o controlante de la extinta Flota Mercante, la cual se encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cumple aclarar que, si bien la demandada en su recurso de apelación indicó que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar, lo cierto es que ello quedó en simples afirmaciones las cuales están 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, acotando que en nada impide a esta Sala el estudio de la responsabilidad que se pretende, pues esta surge del imperio de la Ley y parte de una presunción, misma que no fue derruida, quedando de presente, se reitera, en virtud del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, de ahí que sea responsable subsidiaria en el pago de las condenas que en este asunto en concreto se estableció.

Así las cosas, y como quiera que la responsabilidad es subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, se **MODIFICARÁN** los numerales tercero y quinto de la sentencia confutada, y en esa medida se condenará a la **FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial representado a través de un título o bono pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones.

Por manera que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, será responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

Responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Frente a este tópico, si bien es cierto el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 15 de febrero de 2001, señaló que eventualmente podría ser responsable el Estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades en el caso que no existan los suficientes recursos para asumir las obligaciones pensionales, dado que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, el cual se nutre con recursos de carácter parafiscal y, por tanto, tienen la calidad de públicos con afectación especial a favor del gremio cafetero, lo cierto es que, en este asunto se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de Inversiones Flota Mercante, por manera que se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, máxime cuando es claro que la responsabilidad de esta última fue pretendida como pretensión subsidiaria, es decir, en caso de que no salgan avante la pretensión principal enlistadas en el numeral cuarto y subsidiaria enumerada como décima relacionadas con la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, tal como se expone en el libelo demandatorio; de ahí que sea inviable siquiera su estudio ante la procedencia de la citada pretensión en contra de la aducida Federación.

Costas. Sin costas 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: MODIFICAR el numeral 4º de la sentencia proferida el 5 de marzo del 2019, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** realizar el cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión de

JIMMY ARCESIO ZAMBRANO ÁLVAREZ, para el periodo comprendido entre el 8 de junio del 1983 al 28 de agosto de 1990, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 2º, 3º y 5º de la sentencia confutada, en el sentido de **CONDENAR** a la **FIDUPREVISORA SA**, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial representado a través de un bono o título pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones. Así mismo, **CONDENAR** a la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, la responsabilidad subsidiaria de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del señor demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones, de conformidad a lo motivado.

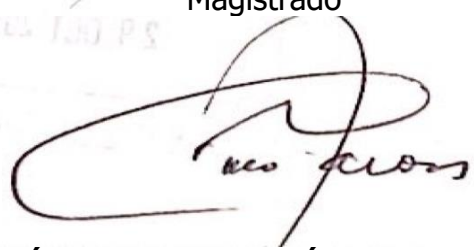
TERCERO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en la alzada.

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: LADY GERALDINE RIVERA RÍOS
demandado: VIP SERVICE GROUP LTDA
Radicado No.: 25-2016-00059-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE- REVOCA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Lady Geraldine Rivera Ríos, instauró demanda ordinaria contra Vip Service Group Ltda, con el propósito de que se declare que entre las partes ha existido un contrato laboral desde el 22 de abril al 9 de julio del 2013. En consecuencia, se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de salarios desde el 16 de junio al 9 de julio del 2013, auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensión, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, indexación; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo con la encartada de manera verbal, para desempeñar el cargo de Asistente Administrativa, desde el 22 de abril al 9 de julio del 2013, fecha en la que fue despedida. Esgrimió que desarrolló sus actividades laborales en forma personal y directa en las instalaciones de la empresa demandada, cumpliendo horarios de trabajo asignados por el empleador y bajo su subordinación.

Indicó que percibió una remuneración mensual de \$700.500, además, que para la fecha en que le fue terminado el contrato de trabajo, su empleador no le realizó el pago de sus salarios, prestaciones sociales y vacaciones. Acotó que el 9 de octubre del 2014, la empresa demandada le expidió certificación, sin embargo, haciendo uso del derecho de petición solicitó copia del contrato referido, certificación laboral y liquidación de prestaciones sociales, pero en respuesta a ello la pasiva desconoció su vinculación laboral. (fls. 39 a 42).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo la inexistencia del vínculo laboral, toda vez que

la demandante estuvo vinculada con uno de sus distribuidores que maneja un Call Center, señor German Zarate Quintana, con el cual celebró un contrato de distribución, mismo que es responsable de la carga laboral de la actora, por lo tanto, no es responsable solidariamente de las obligaciones laborales. Propuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como de fondo las que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. (fol. 37 a 40)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de marzo del 2020, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda e impuso costas a la actora.

En lo que interesa al recurso de apelación, tuvo como problema a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo; para desatar dicha controversia hizo alusión a lo dispuesto en los artículos 167 del CGP y 23 del CST y a las pruebas allegadas al proceso, para significar que la certificación laboral allegada al plenario le generaba dudas en tanto que las pruebas testimoniales señalaban respecto del salario allí indicado cosa diferente.

Refirió que el testigo Germán Orlando Zárate Quintana sostuvo haber sido el jefe directo de la demandante, respecto de quien aduce prestó sus servicios de asistente y secretaria, dado el pacto que celebraron de manera verbal; dicho que fue corroborado por el señor Roger Francisco Salazar Amaris. Insistió en que la certificación era disímil frente a los dichos de los testigos, además, porque no se esclarecía el extremo inicial de la relación laboral y en lo atinente al extremo final, si bien se encontraba probado que lo fue el 9 de julio de 2013, sostuvo que era dada a la terminación del contrato con el citado testigo.

Anotó que la demandada probó que maneja contratos de distribución con diferentes Call Center, por lo que cada distribuidor contrata su personal bajo su exclusiva subordinación y responsabilidad; situación que corroboró con los contratos de prestación de servicios de telemarketing allegados. Además, concluyó que lo aducido en la certificación laboral arrimada estaba desvirtuada por la empleadora, en tanto que así lo exponían los testigos arrimados por aquella. (CD fol. 150)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación arguyendo que es claro que la demandada realiza contratos de distribución para tercerizar con personas naturales y vender productos que comercializan, lo cual, en nada desvirtúa que la demandada debe pagar las acreencias laborales a la trabajadora.

Expuso que la certificación laboral fue expedida por la señora Darlin Mezquita, misma que menciona que la demandante trabajó mediante un contrato a término indefinido, como asistente administrativa, devengando una asignación salarial mensual de \$700.000, por lo que tal documental no podía ser desconocida, en tanto que no fue tachada de falsa, ni controvertida por la citada, pues, tampoco asistió al interrogatorio de parte, teniéndose por ciertos los hechos de la demanda. (CD fol. 150)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que se logró demostrar con alto grado de certeza que entre las partes existió una relación laboral, dadas las pruebas testimoniales y documentales, mismas que dan cuenta de que cumplía órdenes de la

señora Darlin Mezquita, representante legal de la empresa, quien además suscribió la certificación laboral, la cual se debe tener como hecho cierto su contenido.

6.2. Parte demandada. Alegó en su favor que la demandada no logró probar la relación laboral deprecada, en tanto, que el citado vínculo se originó con el señor German Zarate Quintana, razón por la cual solicitó se confirme la sentencia proferida por el A quo.

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 Vip Service Group LTDA fungió como empleador 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 salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

De la 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:

"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 certificación adosada a folio 11 del expediente, fechada el 9 de octubre del 2014, en donde se evidencia que la señora Darlyn Milena Amezcua Duarte, en calidad de gerente administrativa de Vip Service Group Ltda, da cuenta que la promotora del proceso trabajó *"para nuestra compañía desde el día 10 de Enero (SIC) de 2013, hasta el día 16 junio de 2013 con un contrato a Termino indefinido, en el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVA, con una asignación salarial mensual de \$700.500."*; lo que es suficiente para demostrar la prestación del servicio desde dicha data, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral:

"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 ese sentido, aunque el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró en virtud de la solicitud que realizó el esposo de la demandante, a través del señor Germán Zárate Quintana, distribuidor de la empresa accionada, ello, con el fin de obtener un crédito; encuentra la Sala que ello solo 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.

Ello es así, en tanto que si bien el señor Germán Zárate Quintana, manifestó que tal situación ocurrió en la forma relatada, no puede desconocerse la tacha de sospecha propuesta en contra de aquel, pues, además de tener un vínculo sentimental con la representante legal de la empresa demandada, es evidente que tiene un interés con relación a la pasiva.

Sobre este punto, debe recordar la Sala, que el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o

interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de parentesco; sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

De ahí que dicha precisión resulte necesaria para denotar que el deponente tiene un interés inclinado a beneficiar a la demandada, en tanto que sus afirmaciones resultan evidentemente contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir del esfuerzo que hace para emerger la inexistencia del contrato de trabajo entre las partes, refiriendo que el vínculo lo fue con él, cuando a juicio de la Sala de su propio dicho se deja entrever que las labores desempeñadas de la actora fueron a favor de la empresa, pues, si bien adujo al comienzo de su declaración que era su asistente personal y secretaria, dedicándose al pedido de su almuerzo y recargas a celular, circunstancias que intentó acreditar allegando al proceso correos electrónicos al respecto (folios 119 a 125); no es menos cierto que también sostuvo que ella era la persona encargada de hacer los informes de ventas los cuales posteriormente debían ser enviados a la empresa, para que aquella se encargara de realizar el giro de los recursos y así efectuar los pagos a los trabajadores, entre ellos, a la gestora del proceso.

Además, debe dejarse claro que, aunque afirmó que la certificación laboral fue expedida por la empresa por solicitud expresa del esposo de la demandante para sacar un crédito, no concibe la Sala porqué debía ser expedida por la empresa si de todas maneras mantenía un vínculo laboral con él, y adicionalmente porque se emitía hasta el 9 de octubre del 2014 data muy posterior a la de terminación de la relación laboral (16 de junio del 2013). Ahora, si bien justificó lo primero con que debía ser emitida por una *"empresa grande"* y no por una *"persona natural"*, no obstante, la Sala también encuentra de su propio dicho, la ratificación del poderío de la empresa sobre la elaboración del documento, pues, no de otra forma se entendería la afirmación del deponente quien al responder sobre tal cuestión, adujo *"Darlyn me hizo el favor"* dado que conocía a *"Miguel Hidalgo también desde hace más de 12 años, porque Darlin era nuestra jefe; ella nos contrató a nosotros hace 12 años en una empresa en una multinacional, ella era la gerente de mercadeo de esa multinacional (...), después crea su empresa y me llama y me dice Germán tú no quieres ser un distribuidor mío qué están haciendo yo convoco a los asesores en mi casa armo los módulos de trabajo y empezamos a trabajar; desde ahí hace desde el 2010 empezamos a vender el producto a Darlin"*.

Y como si lo anterior no fuera suficiente, al analizar las testimoniales de Michael Steven Hernández y Royer Salazar Amaris y Lisneth Zacipa, se concluye que no ofrecen certeza en punto a los aspectos medulares del litigio, en tanto que si bien el primero de aquellos señaló que el señor Miguel Salinas le pidió el favor a German que elaborara la certificación, también afirmó que no supo quién la expidió, tampoco la conoció, además, porque se contradice con el mismo dicho del señor German, pues, mientras adujo que conoció de la citada solicitud al verla del *"Messenger"*, el otro sostuvo que lo fue en forma personal. Los restantes deponentes señalaron no constarle de tal situación, por manera que sus relatos no resultan creíbles y devienen insuficientes para desvirtuar el contenido de lo certificado.

De hecho, tampoco puede ser descartado por las testimoniales de los señores Jenny Paola López y Miguel Ángel Salinas Caicedo, testigos de la parte demandante, por el hecho de que no acertaron al indicar el extremo inicial que se aduce en la certificación laboral, como equivocadamente lo señaló el A quo, en tanto que aquellos si bien

señalaron en forma disímil la fecha de iniciación de las labores, ello tuvo lugar porque no recordaban con exactitud dicha data.

De esta suerte aflora evidente la equivocación en la valoración probatoria desplegada por el juez primigenio, al tildar de insuficiente el contenido del documento para acreditar por lo menos la prestación personal del servicio de la actora a favor de la encartada, cuando la certificación fue creada por la misma empresa, misma que viene respaldada por la firma de Darlyn Milena Amezcua Duarte, representante legal de VIP SERVICE GROUP LTDA, quien cuenta con amplias facultades y ejecuta "*todos los actos y contratos acordes con la naturaleza de su cargo*", quedando la sociedad obligada por los actos que esta realice, según se colige del certificado de Existencia y Representación Legal, visto a folios 26 y 27 del expediente.

En este orden de ideas, no hay ninguna razón para dudar de la certificación expedida por la empresa, 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 art. 167 del CGP, en armonía con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Ahora, aunque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora no prestó sus servicios personales a su favor, como quiera que lo fue con el señor Germán Zárate Quintaba, por cuanto aquel actuaba en calidad de distribuidor, es evidente que las labores desempeñadas fueron a favor de la empresa accionada, ya que probado está que la actora actuó como asistente administrativo al interior de la misma, al punto que utilizó el espacio e infraestructura que le brindó la encartada con el fin de ejecutar sus actividades.

En ese sentido, también se encontró que la trabajadora realizaba los informes sobre las ventas que cada uno de los vendedores hacían, para ser entregados a la representante legal de la empresa demandada, de quien recibía ordenes o instrucciones, pues así lo despusieron los testigos, quienes señalaron enfáticamente que la señora Darlyn Milena era la persona encargada de controlar la entrada y salida de los asesores comerciales, verificaba que estos culminaran con su labor, cuota del teléfono y mensajes de recepción. Así lo narró la señora Jenny Paola López, persona que afirmó conocer a la demandante por ser su compañera de trabajo, y cuyo testimonio apuntó a que la prestación de servicios de la trabajadora se desarrolló en la forma precitada. Así mismo, se escuchó al señor Miguel Ángel Salinas, de quien no se solicitó su tacha por sospecha, persona que señaló constarle que la demandante fue asistente administrativa de la empresa, y a pesar de que toda la dirección del trabajo la realizaba el señor Germán Zárate, indicó que todas las labores debían ser transmitidas a la señora Darlyn Milena, a quien le pedía permisos para ausentarse de su lugar de trabajo. Aunado a que ambos testigos fueron enfáticos en sostener que la demandante cumplía con un horario de trabajo.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la sociedad VIP SERVICE GROUP LTDA, 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 la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio

personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó la señora Rivera Ríos al ser contratada.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiaria el extremo activo y ello es así porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es que el contrato de distribución que celebró con terceras personas, tuvo como finalidad cumplir con el objeto social de la empresa; tal es el caso del nexo contractual celebrado con el señor Germán Zárate Quintana, cuyo objeto fue a renglón seguido la de encargarse *"de la prestación de servicios especializados de Telemarketing, para la promoción y comercialización de productos y/o servicios, como también de prestar soporte de SERVICIO AL CLIENTE y todos los procesos necesarios para garantizar la calidad de su gestión"*; debiéndose por aquel *"contratar el personal y los servicios necesarios para el cumplimiento del objeto de este contrato, obrando por su cuenta y riesgo, y con plena autonomía directiva y administrativa"*.

En ese contexto, la esencia del citado contrato no es otro distinto a la realización de todas las actividades que le permiten a la sociedad llevar a cabo y cumplir su objeto social, que no es otro que *"1) DESARROLLAR ACTIVIDADES RELACIONADAS DE CALL CENTER Y RELACIONADAS CON BASES DE DATOS A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL. 2) DESARROLLAR ACTIVIDADES DE OTROS TIPOS DE VENTA AL POR MENOR NO REALIZADO EN ALMACENES A NIVEL PRESENCIAL O NO PRESENCIAL. 3) AFILIAR A TODOS LOS SECTORES DE LA POBLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL A UN CLUB DE MIEMBROS. 4) COMERCIALIZAR UNA TARJETA DE DESCUENTOS Y BENEFICIOS DENTRO DE LOS AFILIADOS AL CLUB DE MIEMBROS. 5) PRESTAR SERVICIOS DE ASESORÍA, CAPACITACIÓN O CONSULTORÍA DE TODA ÍNDOLE EN ESPECIAL CON: PROGRAMAS DE MARKETING Y TELEMARKETING A NIVEL PÚBLICO O PRIVADO."*, entre otras cosas. De esa manera es evidente que la demandante ejecutara todas las labores propias del cargo, por lo menos como asistente administrativa y por el tiempo que certificó el mismo dador del laborío. De ahí que no tenga importancia la existencia de dicho nexo contractual, máxime, cuando conjuntamente los testigos allegados tanto de la parte demandante como de la parte demandada afirmaron que realizaban las ventas de los productos que hacían parte de la empresa accionada mediante Call Center.

Siendo ello así, esta circunstancia, si bien, por si sola, no es prueba de subordinación, si permite inferir que el contrato fue aparente y no real, aunado a que deja en evidencia que por lo menos Germán Zárate Quintana, ejerció su poder subordinante frente a la accionante no en calidad de empleador persona natural sino en representación de la persona jurídica accionada quien fue su verdadero empleador, en los términos del artículo 32 del CST, de ahí que compartan los reproches señalados en contra de la sentencia de primer grado.

Al respecto, en providencia del 25 may. 2005, rad. 28779, se dijo:

"Dicha figura jurídica se da por virtud de la ley laboral (artículo 32 del CST), del convenio o del reglamento interno de trabajo y tiene por finalidad, la de ejercer el poder subordinante durante la relación laboral, con todos los matices de ese elemento, característico de la relación laboral, toda vez que, como se indicó, el empleador no está en posibilidad de ejercerlo en todos los frentes de trabajo, en las distintas factorías, oficinas o dependencias pertenecientes a una misma persona natural o jurídica.

Esa figura, de la representación, implica que el delegado o encargado, obliga, con sus actos u omisiones, al representado o delegatario -empleador-, quien deberá asumir las consecuencias de las conductas de aquel, por entenderse que de él provienen las

gestiones, comportamientos, decisiones o directrices que ejerce e imparte el representante al grupo de trabajadores a su cargo, es decir que los pagos salariales, prestacionales, indemnizatorios de los empleados corren a cargo exclusivo del empleador, sujeto del contrato de trabajo, quien se beneficia de los servicios prestados por los trabajadores, sin que transmita sus obligaciones a quien lo representa, sino que delega expresa o tácitamente sus derechos, con respecto a un grupo determinado de trabajadores que laboran para él.

[...]

Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aun cuando delegue determinadas funciones, como las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad. Tampoco, aquella norma desplaza o asigna algún tipo de responsabilidad en materia de las obligaciones laborales, y por ello, mal podría predicarse una solidaridad, a la que aspira el recurrente.”

De acuerdo con lo visto, es claro para la Sala que el 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; debe reiterar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual con un tercero o 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 empresa.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiaria la demandante no fue derruida, pues el caudal probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía, por cuanto 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 compañía. En tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

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 22 de abril de 2013, pues, así se desprende de la declaración vertida por la señora Jenny Paola López, quien señaló que, para aquella época, junto con la demandante iniciaron sus labores a favor de la empresa demandada, fecha que coincide con la pretendida por la parte actora, por tanto, no se tendrá para este efecto, la indicada en la certificación laboral expedida por la empresa, en tanto que fue desvirtuada con otro medio de prueba y contradice el mismo dicho de la activa.

En lo que hace al extremo final será el señalado en el citado documento, esto es, 16 de junio del 2013, pues, la actora no probó que sus servicios personales fuesen prestados hasta el 9 de julio del mismo año.

Salario

El salario de base corresponderá a la suma de \$700.500, de conformidad con la constancia laboral, sin que la parte llamada a juicio hubiera demostrado que el contenido de lo certificado no correspondiera a la verdad.

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 y la no proposición de la excepción de prescripción.

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 fuere 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. 2º 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 **\$107.021** por concepto de auxilio de cesantías entre el 22 de abril al 16 de junio del 2013.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2013	\$ 700.500	\$ 0	\$ 700.500	55	\$ 107.021
Total Auxilio de cesantías					\$ 107.021

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, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código

Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable”

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 **\$1.962** 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
2013	Terminación del Contrato	55	\$ 107.021	\$ 1.962
Intereses a las cesantías				\$ 1.962

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 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 **\$107.021** 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
2013	\$ 700.500	\$ 0	\$ 700.500	55	\$ 107.021
Total Prima de servicio					\$ 107.021

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 **\$53.510** por su compensación en dinero.

Vacaciones				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
22/04/2013 al 16/06/2013	Terminación del contrato de trabajo	\$ 700.500	55	\$ 53.510
Total vacaciones				\$ 53.510

Salarios

En efecto, como se señaló anteriormente, no se encuentra acreditado que, para el periodo solicitado por la demandante, esto es, del 16 de junio al 9 de julio del 2013 hubiera prestación efectiva del servicio, por lo que no hay salarios insolutos cuyo pago se deba ordenar. En ese sentido, se absolverá a la encartada de tal pretensión.

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 actuó 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 la relación laboral se halló en favor de un tercero en tanto que se había suscrito un contrato de distribución, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo su estricta subordinación y poderío, 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 por fuera de los 24 meses de finalizada la relación (folio 149, acta de reparto del 11 de marzo del 2016), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor de la señora Lady Geraldine Rivera Ríos el valor de \$23.350 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 17 de junio del 2013 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 16 de junio del 2015, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$16.812.000 y a partir del mes 25, es decir, desde el 17 de junio del 2015, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

Indemnización por despido sin justa causa.

La demandante, argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, razón por la cual ha sostenido que se debe partir del supuesto que la demostración del despido le corresponde a la parte actora y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sido pacífica y reiterativa en señalar la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se señaló lo siguiente:

"Debe recordarse que en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014."

Resaltando que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que 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 alegar causales o motivos distintos, en tanto que, "... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*" (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante no cumplió con la aducida carga probatoria, en tanto que no existe prueba ni certeza de que la finalización del nexo laboral se hubiera dado por decisión unilateral del empleador, por manera que la súplica está llamada al fracaso.

Aportes al sistema de seguridad social

Frente a esta pretensión, 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 no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes dentro del periodo 22 de abril al 16 de junio del 2013, así procederá la Sala, pero únicamente en lo atinente al subsistema en pensión. En ese sentido, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliada la promotora del proceso los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión durante el citado lapso, teniendo en cuenta para el efecto el salario de \$700.500.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar a la demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".

Por último, es menester señalar que, frente a los demás aportes al sistema de seguridad social, esto es, salud, no habrá lugar a su pago, como quiera que la relación laboral ya terminó y, por tanto, no es procedente su reclamación y pago posterior a la vigencia de esta. Diferente sería, si el demandante hubiese pretendido la devolución de los aportes pagados en exceso, caso en el cual, procedería el reintegro de dichos pagos o

el pago de algún perjuicio causado con la omisión, situación que no ocurre en tanto que no fue solicitado de esa forma por la actora.

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 no están cubiertas por la indemnización moratoria y, por consiguiente, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 17 de junio del 2013 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas. En ambas instancias a cargo de la 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 12 de marzo del 2020, por el Juzgado Veinticinco 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 **LADY GERALDINE RIVERA RÍOS** y **VIP SERVICE GROUP LTDA** entre el 22 de abril al 16 de junio del 2013.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **VIP SERVICE GROUP LTDA** a pagar a la señora **LADY GERALDINE RIVERA RÍOS** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$107.021**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$1.962**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$107.021**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$53.510**, por concepto de vacaciones.
- e) Por concepto de Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de \$23.350 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 17 de junio del 2013 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 16 de junio del 2015, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$16.812.000 y a partir del mes 25, es decir, desde el 17 de junio del 2015, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

TERCERO: CONDENAR a **VIP SERVICE GROUP LTDA** pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliada la demandante los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización durante el periodo del 22 de abril al 16 de junio del 2013, teniendo en cuenta para el efecto el salario de \$700.500.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **LADY GERALDINE RIVERA RÍOS**.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP.

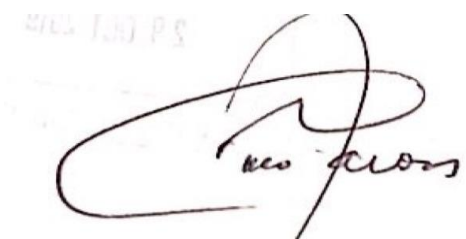
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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 DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$850.000.



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: GUSTAVO ADOLFO ROBAYO CASTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 110013105-027-2018-00384-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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 al Dr. ANDRES ZAHIR CARRILLO RUJILLO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GUSTAVO ADOLFO ROBAYO CASTILLO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS 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 COLFONDOS 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. (fols. 1 a 17).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 14 de enero de 1955; que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 01 de septiembre de 1987; que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 18 de junio de 2015; que la AFP COLFONDOS S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que acredita 1.346 semanas en toda su vida laboral; que el traslado está viciado del consentimiento por erro de hecho.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 61 y 62); 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 fue el demandante quien por decisión propia se trasladó suscribiendo el formulario de afiliación; que tenía la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida y no lo hizo; que se encuentra en la

prohibición legal para trasladarse por estar a menos de 10 años para pensionarse; que el traslado no se encuentra viciado por lo que no hay lugar a declarar la nulidad; que la acción de nulidad se encuentra prescrita. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica (Fols. 71 a 84).

4. Contestación AFP COLFONDOS S.A. En la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que la afiliación al RAIS es plenamente válida y produjo efectos jurídicos, ya que confluyeron los elementos para su existencia y validez; que no existió vicio en el consentimiento, ni se le ocultó información al momento de afiliarse; que la decisión estuvo exenta de cualquier engaño; que los asesores son debidamente capacitados de toda la información relevante y necesaria para orientar al afiliado. Como excepciones de fondo esgrimió las de validez de la afiliación a COLFONDOS S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica (Fols. 113 a 121)

5. Contestación AFP PORVENIR S.A. Mediante auto datado el 14 de agosto de 2019 (fol. 114 con CD de audiencia), fue vinculada al proceso como litisconsorcio necesario, y una vez notificada, 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 siempre se le garantizó el derecho al retracto; que la AFP siempre realiza exhaustivos procesos de capacitación a los asesores; que la parte actora se encuentra en la restricción del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fols. 206 a 228).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada a PORVENIR S.A. y la que posteriormente se efectuó a COLFONDOS S.A.. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES que afilie al demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de la AFP; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

La decisión del Juez se basó preliminarmente 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 como las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han tocado la materia, entre estas la de radicado No 31989 del 9 de septiembre de 2008, radicado No 33083 de 2011, SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, SL 19447 de 2017, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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 al 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, no es posible determinar cuáles

fueron los términos de la asesoría; que en nada repercute la decisión por el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, que no tuvieran una expectativa de derecho pensional o un derecho adquirido, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello; que Porvenir SA incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al señor Gustavo Adolfo Robayo Castillo 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.

Que por el hecho de haberse trasladado a otra AFP no modifica la conclusión a la que arriba el despacho, ya que no existe prueba de que COLFONDOS S.A. haya suplido la obligación que le correspondía a PORVENIR S.A., aunado a que de conformidad con la sentencia de radicado 31989 se concluye que la actuación viciada de traslado no se convalida con los traslados realizadas entre administradoras.

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 octubre de 1996, ni el que se efectuó a COLFONDOS S.A. en junio de 2015, y por ello ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil esto es con los rendimientos que se hubieren causado, y correlativamente Colpensiones debe afiliarse nuevamente a la demandante al régimen de prima media y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A.

Señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la Seguridad Social sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., toda vez que quien dio lugar al inicio del proceso fue esta y no Colpensiones.

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

COLPENSIONES: Que los afiliados como consumidores financieros también tienen obligaciones y responsabilidades, por lo cual su silencio y falta de atención adecuada en la revisión de sus aportes y su situación pensional no generan la ineficacia del traslado, sino que demuestra más bien una falta de atención de parte del afiliado; que COLPENSIONES no puede cargar con la responsabilidad de recibir al demandante, máxime que su afiliación fue durante más de 20 años en el RAIS; que al momento del traslado no se le exigía a ninguno de los fondos privados realizar una asesoría explícita; que la debida información exigible para ese momento se encuentra acreditada con lo dicho en el interrogatorio de parte; que recibir al actor genera una afectación a la estabilidad financiera; que se debe revocar la sentencia y mantener a COLPENSIONES ajena a una afiliación al demandante, así como también, dejar incólume la afiliación realizada en el régimen de ahorro individual.

PORVENIR S.A.: Manifestó que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado como quiera que no se probó la falta de alguno de los elementos esenciales del acto jurídico; que no existe nulidad absoluta del cambio de régimen pensional, pues no se acreditó que el afiliado fuera incapaz absoluto; que de haberse presentado alguna

irregularidad, consistiría en una nulidad relativa, el cual puede ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidos al fenómeno prescriptivo; que la AFP siempre brindó la información, clara, precisa, veraz y suficiente a la parte demandante; que la AFP cumplió con la obligación respecto del deber de información conforme lo señala la circular 019 de 1998 de la Superintendencia financiera de Colombia; que el demandante no tenía derechos consolidados para el momento de su afiliación, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir le impidiera ejercer su libre elección de cambio de régimen; que la afiliación al RAIS se convalida mediante actos continuos y sucesivos de pago de aportes, lo que implica que declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional a partir de interpretaciones y alcances diferentes a lo que indica la norma no solo constituye un real desfinanciamiento del sistema pensional subsidiado por el Estado, sino que además hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva como acertadamente lo indica la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 5913 del 13 mayo del año 2020.

8. 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, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debidamente indexados.

9. 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 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 falta de información se sana 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 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 GUSTAVO ADOLFO ROBAYO CASTILLO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de septiembre de 1987, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21); que el 29 de octubre de 1996 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 230), y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 18 de junio de 2015, tal como se observa en el formulario de afiliación (fol. 28), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fol. 30 a 35).

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 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 específica 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 el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 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 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 adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor GUSTAVO ADOLFO ROBAYO CASTILLO 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 el actor 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 PORVENIR S.A. en el año 1996, 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 comprensible 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 29 de octubre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, 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

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 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 adocinado 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 COLFONDOS 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.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a PORVENIR S.A. como primera AFP donde se vinculó el actor, asimismo, se dejó por fuera de la condena de manera expresa los conceptos de gastos de administración y las comisiones y, por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutive estos conceptos.

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 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,

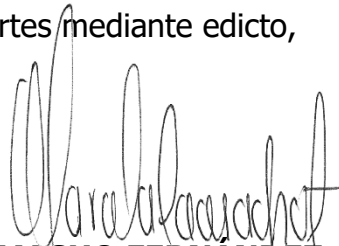
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de marzo del 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, las **gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, 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.

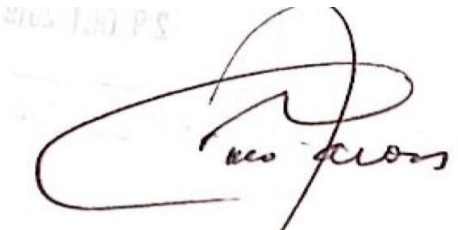
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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 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: DALILA QUIROGA LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.-AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-28-2019-00213-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA AFILIACIÓN

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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 CIFIENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DALILA QUIROGA LÓPEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación al RAIS, ante la falta de información sobre las características de los dos regímenes. Como consecuencia, se declare que la AFP Colfondos como último fondo, traslade todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones. Se declare que Colpensiones active la afiliación de la demandante en el RPMPD, acepte y reciba el traslado de todos los aportes. Finalmente, pide se condene a las demandadas el reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandada Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (fol. 1 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 10 de septiembre de 1960; que estaba afiliada al RPMPD hoy Colpensiones desde el 1 de agosto de 1994; que se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 3 de agosto de 1994; que la AFP Porvenir al momento de afiliar a la demandante no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS; que al momento de la afiliación solo le brindaron las ventajas del RAIS, y no las desventajas ni las diferencias existentes entre los regímenes pensionales; que la AFP Porvenir no respetó el tiempo mínimo de permanencia en cada régimen pensional luego de la selección inicial, establecido en el Decreto 692 de 1994; que el 1 de noviembre de 2013 se trasladó a la AFP Colfondos; que la AFP Colfondos al momento de afiliar a la demandante no le brindó la información adecuada y completa

acerca del RAIS; que el 3 de julio de 2009 radicó formulario de vinculación al RPMPD ante el ISS; que solicitó el traslado de régimen a Colpensiones sin obtener respuesta favorable.

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. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que el origen de la acción no es la falta de información sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, y que su actuar además de afectar, vulnerar y sobrecargar el RPMPD es la de aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados que de buena fe que hacen parte del RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 (fol. 76).

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante se dio en virtud de su derecho a libre escogencia del fondo de pensiones. Que el traslado de régimen no se efectuó con la AFP Colfondos sino con la AFP Colpatria, por tal razón desconoce los motivos que llevaron a que la demandante se afiliara a Colpatria. Que el acto de afiliación cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la demandante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento. Indicó que la afiliación suscrita con la AFP Colfondos fue un negocio jurídico válido y eficaz. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción de nulidad del traslado, compensación y pago (fol. 102).

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la selección inicial de régimen pensional de la accionante fue a través de Horizonte, el cual estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el mismo, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, ventajas, desventajas y en general todo lo atinente a la regulación en materia pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fol. 133).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de mayo del 2021, en la que la falladora de primera instancia absolvió a Colpensiones, a la AFP

Porvenir S.A. y a la AFP Colfondos de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante. Declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas propuesta por la AFP Porvenir, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, propuesta por Colpensiones. Condenó en costas a la demandante.

La decisión del Juez se basó en el principio de la libre escogencia previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 el año 2003. Igualmente, señaló que ninguna persona puede distribuir sus cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del sistema de acuerdo art. 16 de ley 100 de 1993 por estar prohibida la multifiliación. Que de conformidad con el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prevé que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley, por lo que en principio además de la firma del formulario con el lleno de los requisitos legales se exige que el afiliado realice las cotizaciones al régimen seleccionado para perfeccionar el acto de afiliación. Adujo que la CSJ ha adocinado que para que la afiliación tenga validez y surta plenos efectos, era necesario que estuviera acompañada al menos de una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación sería una mera formalidad y debía ser asimilado como una falta de afiliación. Que dicho criterio fue modificado en la sentencia 42787 del 13 de marzo del 2013, según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de afiliación o traslado de régimen o entidad administradora así no existan cotizaciones al sistema.

No obstante, indicó que en 2018 la CSJ señaló una nueva comprensión respecto al tema, en los eventos donde se discute o resulta dudosa la materialización de este acto jurídico, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema no como un requisito de solemnidad de la afiliación, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado, postura que acoge la falladora de primera instancia. Al respecto sostuvo que la actora no demostró actos que demostraran su voluntad de estar afiliada a dicho régimen, pues además de que no realizó aporte alguno, tan solo 2 días después de la afiliación inicial suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte. Igualmente, que la actora al trasladarse entre diferentes AFP del RAIS, denota su intención de pertenecer en el RAIS.

Finalmente concluye, que existió fue una selección inicial de régimen al estar demostrado que la actora, cuando inicio su vida laboral para el año 1994 realizó sus aportes en el RAIS administrado por la entonces AFP Horizonte. Que al resolver el conflicto de multifiliación, la actora se encontraba en escenario 1B, esto es que el mayor número de cotizaciones las realizó en el RAIS y su afiliación es válida.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la **demandante** impugnó la decisión argumentando que en el proceso quedo demostrado que las AFPs Colfondos y Porvenir no le brindaron la información precisa y oportuna en el momento de la afiliación a la actora. Adujo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, "la ineficacia del traslado se genera como consecuencia de la falta de información en la que ha incurrido el fondo al momento de la afiliación". Por lo tanto, que no necesariamente se presenta en caso de un traslado del RPMPD al RAIS, toda vez que la demandante si se afilió al RPM, y después fue motivada por parte del área de recursos humanos y de los mismos promotores del fondo de pensiones para que se afiliará al fondo de pensiones dos días después de haber suscrito la afiliación con el RPM. En tanto, indicó que la actora si tenía la voluntad de afiliarse al RPM, además que en el proceso no se probó que se la

haya dado información clara, precisa y oportuna, cómo lo manifestó la demandante en su interrogatorio de parte.

8. Alegatos de conclusión.

PORVENIR S.A.: Solicitó que sea confirmada la decisión de instancia, ya que en efecto no se acreditó vicios en el consentimiento en el cambio de régimen, además la demandante suscribió el formulario de vinculación, el cual es un documento autentico, y contiene la declaración de voluntad informada de que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es que fue libre, espontánea y sin presiones; que en el hipotético evento de considerar ineficaz la afiliación, no puede desconocerse la imposibilidad de devolver los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, debiendo aplicarse las restituciones mutuas.

COLPENSIONES: Peticiona que se confirme la decisión de instancia, dado que no se logra observar vicios en el consentimiento, además que la demandante fue debidamente informada al trasladarse de régimen por el fondo privado, igualmente que se encuentra en la prohibición legal de traslado.

DEMANDANTE: Esgrime que debe proceder a revocarse la decisión de instancia, ya que el fondo privado no brindo la información necesaria requerida, de conformidad con la sentencia SL1689 de 2019, así como también que debe tenerse en cuenta la sentencia STL3186-2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiara 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 debe considerar como selección inicial al sistema general de pensiones la afiliación realizada al ISS, hoy COLPENSIONES, o por efectos de la multivinculación la selección inicial lo fue ante la AFP Porvenir? y (ii) ¿La afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz por omisión en el deber de información por parte de la AFP Porvenir?

Afiliación inicial de la demandante y su traslado al RAIS

Lo primero que hay que decir, es que a través de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y voluntaria.

Del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se desprende de sus literales a) y e) que la afiliación al sistema general de pensiones es obligatoria y que una vez efectuada la selección inicial, sólo procederá el traslado de régimen por una sola vez cada 5 años, a excepción de quienes reúnen las condiciones del régimen de transición (15 años de servicios) pueden regresar en cualquier tiempo (Sentencia C-1024 de 2004 y C-789 de 2002)

Así mismo el Decreto 692 de 1994, en su artículo 11 establece que *"La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar". ((...))*

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de vieja data ha prohijado que la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, en los siguientes 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, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Ahora, frente a la múltiple afiliación la Corte ha expresado que para que se configure: *"obligatoriamente debe mediar la verdadera intención de traslado y el doble pago de los aportes a cada una de las entidades que administran los regímenes pensionales"* (Radicación No 29043 de 2007), o también se predica tal figura si hay desconocimiento de los plazos para el traslado entre administradoras o regímenes (SL782 de 2018).

En el sub examine se predica la ocurrencia de la última hipótesis, es decir, el incumplimiento de los plazos para trasladarse de uno a otro régimen, ello en la medida en que se observa el reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, en la que se indica como fecha de afiliación el 01 de agosto de 1994, sin ninguna cotización, pues en el total de reporte de semanas cotizadas aparece en "0.00" (Fol. 33); por su parte a folio 46 se allega el formulario de vinculación ante la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., en la que se registra como fecha de diligenciamiento el 03 de agosto de 1994, y en la casilla inferior se seleccionó la de "vinculación inicial", y fue a esa AFP donde se efectuaron las cotizaciones de allí en adelante (Fol. 47 a 67), lo que dio lugar a que tal inconveniente se resolviera a través del Comité de Multivinculación por las mismas entidades integrantes del sistema de seguridad social, tal como se observa a folio 20 del expediente, contentiva de certificación expedida por Colpensiones de fecha 11 de marzo de 2019, en la cual se indicó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS de conformidad con el D. 3995 del 2008, por lo que se tiene como vinculación inicial a la AFP Horizonte hoy Porvenir.

Puestas así las cosas, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, vigente para el caso concreto, prohibió la múltiple vinculación a fondos de pensiones y estableció como regla para resolver el conflicto el que se entendiera como válida la última vinculación efectuada, y en ese sentido facultó a la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, para dirimir los conflictos que surgieran por

causa de las múltiples vinculaciones, en razón de lo cual se expidió la Circular 058 de 1998, que definió las reglas para que las entidades administradoras de pensiones solucionaran administrativamente los conflictos de múltiple vinculación de sus afiliados, que fue lo que precisamente ocurrió; no obstante, debe tenerse en cuenta que la solución planteada por el Comité de Multivinculación (Fol. 20) no se ajusta a las previsiones de los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, pues de manera diáfana establece que: *"Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior"*, es decir, que en el sub examine una vez seleccionado el régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES el 01 de agosto de 1994, solo podía trasladarse de régimen hasta el 01 de agosto de 1997, pero ello no fue así, ya que se firmó el formulario de vinculación al RAIS el 03 de agosto de 1994 (Fol. 46), y en ese orden, a la luz del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, al no haberse respetado la prohibición del traslado en los 3 años siguientes a la selección inicial de régimen, habrá de tenerse como válida la afiliación efectuada al ISS el 01 de agosto de 1994.

Otra de las razones para prohiar la validez de la afiliación en el ISS, hoy COLPENSIONES, a partir del 01 de agosto de 1994, es que el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 establece que les compete a las administradoras de pensiones el deber de comunicar al solicitante y al empleador dentro del mes siguiente a la vinculación si la misma cumple con los requisitos legales, y en caso de no obrar tal comunicación se entenderá que se ha producido la vinculación con el lleno de los requisitos legales, aspecto que es de total importancia en el sub lite, pues no se encuentra demostrado por COLPENSIONES que al haberse afiliado la actora al ISS el 01 de agosto de 1994, la misma haya sido rechazada por incumplimiento de los requisitos legales, es decir, no obra la comunicación de que trata el artículo 17 *ejusdem*, y por ende, debe tenerse como válida la vinculación que realizó la actora al régimen de prima media con prestación definida, estándole prohibido una nueva afiliación al RAIS en el transcurso de 3 años con posterioridad, aspecto que igualmente debía ser verificado por Horizonte, hoy PORVENIR S.A. cuando la actora procedió a firmar el formulario de vinculación con tal entidad el 03 de agosto de 1994, incluso, dentro del mes siguiente, pero nada de ello aconteció, pues no se encuentra demostrado en el legajo.

En similares términos la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencia de radicado No 22029 del 1º de septiembre de 2004, de la siguiente manera:

"Lo anterior también se sustenta en que el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, prevé en su inciso primero que "Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior". De lo dicho se colige, que como el causante se vinculó al ISS el 14 de marzo de 1996, en el régimen Solidario de Prima Media con prestación definida (Folio 207), debió dejar transcurrir tres (3) años, al 14 de marzo de 1999, para poderse cambiar de régimen, de donde no resulta válido, el traslado que hizo a Colfondos el 1º de septiembre de 1996, en el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad (Folio 155), por la expresa prohibición del artículo 17 del mismo Decreto".

Igualmente, acota la Sala que una vez revisada la certificación emitida por COLPENSIONES sobre la solución que impartió el Comité de Multivinculación, ha de tenerse que la misma no se hizo en apego a lo estipulado en el Decreto 692 de 1994, es decir, no verificó si resultaba válida o no la afiliación que hizo la actora en el ISS el 01 de agosto de 1994, sino que solo se limitó a definir como válida la afiliación en el RAIS por ser esta entidad donde se realizaron el mayor número de cotizaciones como lo establece el Decreto 3595 de 2008, disposición que no se encontraba vigente para la época de la selección inicial en el año de 1994, y que aunado a lo anterior, solo constata el tema del mayor número de cotizaciones, sin detenerse a verificar los plazos de que trata el Decreto 692 de 1994 para trasladarse de uno a otro régimen, dicho de otra manera, no puede la judicatura sentar como válida la afiliación al RAIS el 03 de agosto de 1994, con la trasgresión del artículo 15 del Decreto 692 de 1994 (vigente para la época), es decir, sin que haya pasado los 3 años luego de haber seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, máxime que ni el ISS, ni la AFP del RAIS cumplieron con la comunicación de que trata el artículo 17 del Decreto 692 de 1994.

Conforme con todo lo anterior, debe tenerse como válida la afiliación que la señora DALILA QUIROGA LOPEZ realizó al otrora ISS, hoy COLPENSIONES el día 01 de agosto de 1994, con la consecuencia para Horizonte, hoy PORVENIR S.A., de que debe trasladar a COLPENSIONES todos los recursos que tenga la actora en la cuenta de ahorro individual, en los mismos términos que se procede en los eventos de ineficacia del traslado, tal como se puede extraer de la sentencia SL214-2020, así:

"Por otra parte, tampoco se observa error alguno del juez de primera instancia al ordenar trasladar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, tal como se dejó sentando, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989".

Ahora, se observa que la actora se trasladó a COLFONDOS S.A. el 19 de junio de 2013 (Fol. 119), aspecto que lleva a la Sala a estudiar si tal traslado se efectuó siguiendo las previsiones legales sobre la materia o no.

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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, 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 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 2013- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer además de una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, también un *"análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales"*, (SL1688/2019), 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 COLFONDOS S.A. pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **DALILA QUIROGA LOPEZ** 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 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 específica 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 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.

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, 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. (por efecto de la multivinculación como inicialmente se estudió) y COLFONDOS S.A., con destino a COLPENSIONES.

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 afirman 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.

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 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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las entidades demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. 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 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 03 de mayo del 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las entidades demandadas de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** como válida la afiliación que hiciere la señora DALILA QUIROGA LOPEZ, al otrora ISS, hoy COLPENSIONES el 01 de agosto de 1994, y a su vez declarar la ineficacia del traslado realizada el 19 de junio de 2013 a COLFONDOS S.A., en consecuencia de ello, retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, la cual deberá recibir a la demandante sin solución de continuidad en su afiliación, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

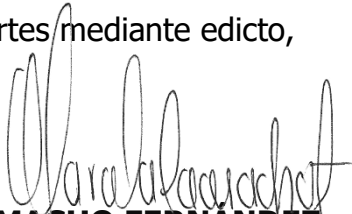
SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. que trasladen todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de las AFPs, así como a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

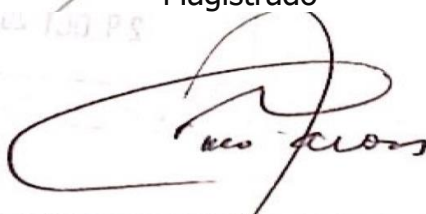
CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

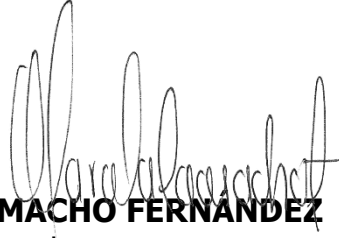

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 COLFONDOS S.A., 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: CLAUDIA VICTORIA OLMOS LEAL
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-027-2019-00185-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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 Dras. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL y BELCY BAUTISTA FONSECA, identificadas en legal forma, como apoderadas sustitutas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CLAUDIA VICTORIA OSMOS LEAL 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. 1 a 15).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 18 de mayo de 1960; que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 05 de julio de 1984; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de agosto de 1999; que actualmente cuenta con 58 años de edad; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el 27 de julio de 2018 solicitó a PORVENIR S.A. copia de los documentos que soportan la asesoría al momento de traslado, pero le fue respondido el 21 de agosto de 2018, anexándole solo copia del formulario de vinculación y una proyección pensional; que el 27 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, pero le fue negada en respuesta del 10 de agosto de 2018.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 77); 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 alguna de que se le haya inducido en error o que presentara algún vicio del consentimiento en la afiliación que hizo ante la AFP, aunado a que no cumple los presupuestos para el traslado que pregona la sentencia SU062 de 2010, igualmente se encuentra en la prohibición de trasladarse a menos de 10 años de cumplir los requisitos para pensionarse. 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. 79 a 95).

4. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado, por lo que tal acto debe tenerse como válido, aunado a que cumplió con la información exigible para la época del traslado de conformidad con el Decreto 663 de 1993; que al tratarse de una nulidad relativa esta se encuentra ratificada por el paso del tiempo; que al ordenarse la ineficacia del traslado con el traslado de los rendimientos financieros, dejaría a la demandante en una situación ventajosa que la que tendría si hubiere estado afiliada 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. 123 a 142).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo 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 todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses 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 preliminarmente 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 como las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que han tocado la materia, entre estas la de radicado No 31989 del 9 de septiembre de 2008, radicado No 33083 de 2011, SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, SL 19447 de 2017, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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, no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría; que en nada repercute la decisión por el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, que no tuvieron una expectativa de

derecho pensional o un derecho adquirido, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello; que Porvenir SA incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la señora Claudia Victoria Olmos Leal 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 junio de 1999, 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 la señora Luz María Cuellar Rodríguez como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil esto es con los rendimientos que se hubieren causado, 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 no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la Seguridad Social sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A., toda vez que quien dio lugar al inicio del proceso fue esta y no Colpensiones.

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, debiendo el tribunal analizar caso por caso, como quiera que no todos resultan idénticos; que la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática, sino que es necesario la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable, siendo que en el presente asunto no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia; que la actora al momento en que solicitó el traslado se encontraba dentro de la prohibición legal; que la afiliación fue voluntaria de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que para el 27 de junio del 2018, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el traslado, contaba con 58 años, esto es, se encontraba dentro de la prohibición legal, conforme el artículo 2º de la ley 797, del 2003; que no obra prueba alguna que demuestre que estamos en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, bien sea, error, fuerza o dolo; que el error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado; que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; que no contaba con ninguna expectativa legítima ni derecho adquirido; que si bien la AFP tenía la obligación de informar, esto no sirve de excusa para desconocer los deberes del consumidor, esto es, ir medianamente informadas al momento de escoger su régimen; que la declaración de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR S.A.: Solicita que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, como quiera que la ley 100 de 1993 no estableció ninguna obligación puntual para las AFP en materia de suministro de información, y si bien el artículo 13 menciona

que la afiliación debe ser libre y voluntaria, se refiere a qué no existe ningún grado de coacción por parte de las administradoras o del empleador para la vinculación. Asimismo, debe tenerse en cuenta que ninguna de las normas reglamentarias de la ley 100 exigió a las administradoras de pensiones la obligación de entregar información como la que acá se exige; no obstante, con el interrogatorio de parte, se da cuenta que la actora recibió información de los beneficios y desventajas del RAIS; que no es dable exigirla a la AFP el cumplimiento de obligaciones que no se encontraban vigentes para el momento del traslado; que el a quo pasa por alto cual es la real y verdadera motivación del traslado de la demandante al régimen de prima media, siendo la razón netamente económica con lo que sería el valor de su mesada pensional; que la Corte Constitucional ha dicho que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio, contraprestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios; que no es acertado manifestar que la carga de la prueba debe estar en cabeza de la AFP, ya que para el año 1999, no existía la obligación en los términos exigidos, y adicionalmente, porque para dicha época el único soporte con el que debía contar la AFP para efectos de la filiación, era el formulario, con el cumplimiento de los presupuestos legales, el cual obra en el expediente; que la información para esa época era de forma verbal; que se pasó por alto que la demandante siempre tuvo una conducta de desinterés frente al sistema general de pensiones, a pesar de tener obligaciones como consumidor financiero; que si eventualmente se confirma la declaración de la ineficacia, solo se ordene el traslado de aportes y rendimientos, sin lugar a reintegrar los gastos de administración, y seguros previsionales, ello de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que el traslado de los aportes debe darse de acuerdo con el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, esto es, sin desconocer las gestiones realizadas por 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 no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen reviste de completa validez, además que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; igualmente que la inconformidad de la parte demandante no tiene que ver con la validez de la afiliación sino con el monto de su mesada pensional; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, no se ordene devolver gastos de administración y/o sumas provisionales, pues estas últimas se han girado a un tercero de la cual está obligado a girar; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por disposición legal; que resulta improcedente la devolución de los conceptos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, en virtud del concepto emanado de la Superintendencia Financiera; finalmente, que no debe condenarse en costas.

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 y es profesional; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que no obra prueba del perjuicio ocasionado; y de manera subsidiaria solicita que se devuelva la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados.

Demandante: Manifiesta que debe confirmarse la decisión de instancia, ya que no se le presentó la información necesaria y requerida de conformidad con la sentencia SL1689 de 2019, ello es procedido de ilustración al trabajador acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; asimismo, que se tenga en cuenta la sentencia STL3186-2020 referida al respeto por el precedente jurisprudencial sobre este tema.

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 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 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 CLAUDIA PATRICIA OLMOS LEAL, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 07 de julio de 1984, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 18); que posteriormente el 04 de junio de 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, conforme el formulario de afiliación (Fol. 149) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 156 a 163).

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 1999- 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 específica 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 el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 señora CLAUDIA VICTORIA OLMOS LEAL 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 adocinado 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 el a quo no relacionó de manera expresa los **gastos de administración y comisiones** en la parte considerativa de la providencia, a pesar de que en la considerativa haya expresado que también procedía la devolución de las 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: ".../as

<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 10 de marzo del 2021, por el Juzgado 27 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, **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 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.

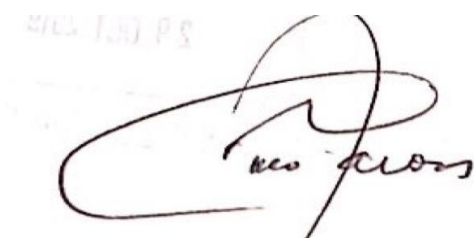
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: CLAUDIA JOHANNA ARENAS FLÓREZ
Demandadas: CAFESALUD EPS S.A. Y OTRO
Radicado No.: 16-2017-00006-01
Tema: ACREENCIAS LABORALES – RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Claudia Johanna Arenas Flórez, instauró demanda ordinaria contra la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación y Cafesalud EPS SA, con el propósito de que se declare que con la primera de aquellas existió un contrato de trabajo, cuyo fin fue prestar sus servicios en beneficio de la segunda de las citadas; que el vínculo laboral terminó sin justa causa, debiéndose por su empleadora salarios, auxilio de alimentación y rodamiento, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización del que trata el artículo 64 de la misma norma sustantiva. En consecuencia, solicitó se condene solidariamente a las encartadas al pago de los citados emolumentos, así como la indemnización moratoria; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación celebró un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1° de abril del 2011, para desempeñar el cargo de "COORDINADOR DE PLANEACIÓN", cuya contraprestación del servicio correspondió inicialmente a la suma de \$2.344.400 y para el 18 de julio del 2016, la suma de \$3.554.240, fecha en la que fue terminada su vinculación laboral sin justa causa.

Esgrimió que su empleador no le pago la liquidación de salarios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones y demás emolumentos debidos. Sostuvo, que Cafesalud EPS SA se benefició de los servicios de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, por cuanto esta entidad le prestaba todo el apoyo logístico y administrativo para desarrollar su objeto social. Además, las labores desarrolladas por la actora a favor de la EPS se realizaban de manera personal, en tanto que le realizaba informes,

gestionaba y adelantaba labores administrativas, al punto que el registro de los informes y requerimientos lo hacía a través de los correos electrónicos cjarenasf@saludcoop.com.co y cjarenasf@iacgestionadministrativa.com.co. (fls. 111 a 132).

2. Contestación de demanda. La curadora Ad Litem de las demandadas en escrito separado se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, ante el desconocimiento de los hechos en que se funda, indicando que debían ser acreditados en el debate probatorio. En lo que hace a los supuestos facticos hizo saber que no le constaba ninguno de ellos y propuso como excepción de mérito la de prescripción. (fols. 180 a 185)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de octubre del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de una relación laboral a término indefinido entre la actora y la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación desde el 1 de abril del 2011 al 18 de julio del 2016, misma que finalizó por despido sin justa causa. En consecuencia, condenó a esta y solidariamente a Cafesalud EPS SA a pagar a favor de la señora Arenas Flórez la indemnización por despido sin justa causa, salarios insolutos, auxilio de alimentación y rodamiento, vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantía y sus intereses, indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST y costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación, tuvo como problema a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo y si había lugar o no al pago de la liquidación final de prestaciones sociales que fue elaborada por su empleadora. Así las cosas, para desatar dicha controversia se refirió al material probatorio arrimado al proceso, para concluir que se demostró la existencia de la relación laboral dentro de los extremos temporales señalados por la demandante, cuya remuneración correspondió al momento del finiquito a la suma de \$3.554.240, vínculo que terminó sin justa causa por la demandada.

Sentando lo anterior y en lo atinente al pago de acreencias laborales sostuvo que con la demanda se presentó la liquidación final elaborada por la propia empleadora el 5 de agosto del año 2016, documento que da cuenta de los elementos del contrato de trabajo, además, detalla las prestaciones y salarios adeudados, razón por la cual debía tenerse como reconocida por la parte demandada, máxime cuando los valores allí incluidos son en sumo lo que peticiona la activa; sobre los cuales indicó no se encuentra acreditado su pago, carga probatoria que le correspondía a la pasiva en los términos del artículo 167 del CGP.

Respecto de la solidaridad pretendida recordó lo previsto en el artículo 34 del CST, ello para significar que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, fundamentalmente de los testigos y certificados de existencia y representación legal de las codemandadas, así como la relación comercial que existía entre estas, no daban lugar a entender que sus objetos contractuales fuesen ajenos o distintos al giro normal de los negocios de la EPS, es decir, que no se cumplía la exigencia de la citada preceptiva para que no se pueda predicar la solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista, en tanto que no se demostró que se tratara de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de Cafesalud.

Dijo que no podía ser extraño todo el manejo administrativo que tenía la Institución Auxiliar del Cooperativismo respecto de Cafesalud EPS e hizo notar que en armonía

con el certificado de existencia y representación legal de la Institución si se desarrolló el objeto mismo de la EPS. Así las cosas, impuso la solidaridad en el pago de las condenas a Cafesalud EPS SA, en los términos del artículo 34 del CST. (CD fol. 210)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que si bien se encuentra debidamente acreditada la relación laboral entre la actora y la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación entre los extremos temporales referidos, además, aceptó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios e indemnización por despido sin justa causa que realizó la encartada, no obstante, sobre esto último indicó que no podía admitir que la empleadora no haya procedido al pago de dicha liquidación, en tanto que obraba la elaboración del documento, aunado a que la demandante no allegó los extractos de su cuenta bancaria para determinar que no se le canceló.

De otro lado, se opuso a la solidaridad impuesta a Cafesalud EPS SA aduciendo que quedó acreditado que la actora desempeñó labores administrativas, entre esas el manejo de bienes inmuebles, no solo de la citada EPS, sino, de todas las empresas que formaban el Grupo Saludcoop, lo que difiere claramente del objeto social de las empresas, en tanto que Cafesalud tiene por esencia la prestación de servicios de salud y afiliación de trabajadores al subsistema de seguridad social en salud, por tanto, la administración de bienes inmuebles no tienen nada que ver con el giro ordinario y habitual de sus negocios. (CD fol. 210)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que era a la parte demandada a quien le correspondía probar que efectuó el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones a la aquí demandante, pues tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, una vez acreditada la relación laboral y los respectivos extremos temporales, es el empleador quien tiene la carga de demostrar que efectuó los pagos que se desprenden de dicha relación laboral; aspecto que no sucedió a lo largo del proceso.

Aludió a que la determinación de la solidaridad laboral del beneficiario o dueño de la obra respecto de las obligaciones laborales del contratista independiente exige el análisis de cada situación particular, por manera que no sólo se demostró a través de las pruebas documentales y de los testigos escuchados a lo largo del proceso que la actora prestó sus servicios en favor de la EPS, sino a su vez, que las funciones que ésta desarrolló estaban relacionadas con la revisión y seguimiento de todos los procesos administrativos de aquella, los cuales son parte inherente y esencial de la sociedad demanda y por ende se debe dar aplicación a preceptuado en el artículo 34 del CST.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada 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 tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de la liquidación final de prestaciones sociales elaborada por la encartada, según la cual, no le quedó adeudando suma alguna a la actora?
- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, al considerar que Cafesalud EPS SA es solidariamente responsable en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?

Pago de acreencias laborales.

Con el propósito de desatar los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral entre la señora Claudia Johanna Arenas Flórez y la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación, sus extremos temporales, ni la labor de "COORDINADOR DE PLANEACIÓN" que desempeñó la actora, tampoco el salario que devengó en vigencia del nexo contractual que los unió, en tanto que las citadas declaraciones no fueron recurridas por las partes.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si al momento del finiquito del vínculo laboral la encartada realizó el pago o no de salarios, prestaciones sociales, compensación de las vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, 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, cumple recordar que la censura cuestiona y manifiesta que de haberse apreciado en debida forma el documento elaborado por la demandada y que daba cuenta de la liquidación de prestaciones sociales, el A quo habría podido colegir que la demandada no le quedó adeudando suma alguna por dicho concepto, máxime, cuando aun siendo deber de la demandante en acreditar su no pago, no allegó prueba de ello.

Siendo así, a folio 108 reposa en el cartapacio documento que da cuenta de la "LIQUIDACIÓN FINAL DE CONTRATO" elaborada por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, del periodo comprendido entre el 1 de abril del 2011 al 18 de julio del 2011, que registra en detalle la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, salario, auxilio de alimentación y rodamiento e "INDEMNIZACIÓN LABORAL", mismo que aunque no aparece suscrito por ninguna de las partes, si indica en la parte final "*CONSTANCIA: Al firma la presente, el TRABAJADOR acepta que el valor de la liquidación corresponde al valor adeudado por parte del EMPLEADOR a título de liquidación definitiva, y que además quedan saldadas todas las obligaciones contraídas por las partes (...)*"

En ese sentido, aun cuando adujo la Curadora Ad Litem 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 es claro que conforme la documental que se acaba de relacionar de ninguna forma prueba que la actora hubiere recibido el monto de dicha liquidación, de ahí que no sea desacertada la conclusión del juez primigenio al escatimar que el documento tan solo probaba el valor adeudado por dicho concepto, más no su pago.

Adicionalmente, debe resaltarse que el argumento utilizado por la censura para desestimar las inferencias del A quo bajo el supuesto de que la demandante debía probar el pago, es ostensiblemente desacertado, ya que por haber negado la actora haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía sin asomo de duda a su otrora empleadora allegar prueba de que efectivamente realizó el pago y así enervar la obligación que se le acusa insatisfecha.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandada fue deslegitimar las pretensiones invocadas en el libelo incoatorio, 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 supuestos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será 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, habiéndose señalado por 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. Además, por que dicha exigencia solamente le compete a la cooperativa, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le correspondía, reiterando, 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 SL1638 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 ese contexto 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, la confirmación sobre la decisión que tomó el A quo sobre este punto de apelación.

Responsabilidad solidaria de Cafesalud EPS SA.

Aduce la demandante que la sociedad Cafesalud EPS SA, es solidariamente responsable de todas las acreencias laborales a ella adeudadas por su empleador Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación, en tanto los objetos sociales son afines, los servicios prestados por aquella fueron en beneficio de la llamada a solidaridad, cuyas funciones radicaban principalmente en el desarrollo del rol social de la citada EPS.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL13686 del 2017, acerca a 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 contratante¹. (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 el presente asunto no existe duda de la concurrencia de una relación laboral entre el demandante y la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación; de igual forma de las probanzas recaudadas en el plenario se puede establecer que entre esta sociedad como contratista y Cafesalud EPS SA, como beneficiaria del servicio, se desarrolló un vínculo de carácter

¹CORTE 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.

comercial entre tanto que, si bien al plenario no se allegaron los contratos comerciales suscritos por aquellas, es claro que la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación realizaba todos los procesos administrativos de la EPS referente a los activos fijos, mantenimiento y adecuaciones locativas, mantenimiento de equipos biomédicos, administración de servicios públicos y telefonía celular, pólizas de seguros, servicios de limpieza y desinfección, gestión y saneamiento ambiental, procesos de correspondencia y mensajería, transporte de carga, servicios de vigilancia y seguridad privada, gestión documental (archivo y cajas menores), manejo de nómina, gestión de calidad y atención a requerimientos y auditorias de los entes de control.

Así lo declararon las señoras Sandra Milena Correa Quiceno, Leonor Rueda Gualdron, Alba Rocío Torres Yepes y Jesús Alexandro Fonseca Cruz vertidas al proceso, mismas que corroboran el dicho de la actora y las documentales allegadas vistas en medio magnético a folio 110. Ahora, tal y como quedó sentado, la actora le prestó sus servicios para desempeñar el cargo de "COORDINADOR DE PLANEACIÓN", labores que desarrollaba en las instalaciones de la EPS.

En ese orden de ideas resulta necesario establecer la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a CAFESALUD EPS SA, en virtud del artículo 34 del CST, con ocasión de las obligaciones a cargo de Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación para con la señora Claudia Johanna Arenas Flórez.

Así, es menester acotar en este punto que la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, no quiere decir ello que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL14540-2014:

"(...) para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico."

Esclarecido lo anterior, se tiene que la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación, según certificado de existencia y representación legal visto a folios 3 a 7 tiene como objeto social, entre otras cosas: "(...) LA INSTITUCIÓN 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."

Por su parte, la sociedad Cafesalud EPS SA, tiene como objeto social conforme se observa a folio 58 "(...) *LA REALIZACIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE UNA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DENTRO DEL MARCO Y LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY*". Es decir, 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 indirectamente, 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 4º 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 que se relaciona 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 la Cafesalud EPS SA en su condición de beneficiaria del servicio debe 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 la segunda.

Por todo lo expuesto, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a la EPS a pagar solidariamente las sumas dinerarias allí deducidas en contra de la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación.

Costas. 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de octubre del 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

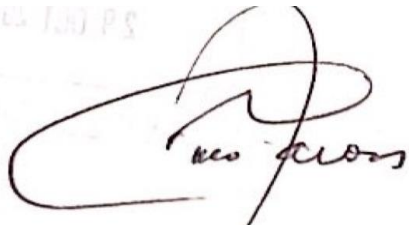
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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 DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de cada una de las demandadas 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: DIANA PAOLA ESPITIA SANCHEZ
DEMANDADO: IAC JURISALUD CONSULTORES en LIQUIDACIÓN,
SALUDCOOP EPS en LILIQUIDACIÓN, y CAFESALUD EPS.
RADICACIÓN: 110013105-018-2016-00654-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: NIVELACIÓN SALARIAL- INDEMNIZACIÓN MORATORIA
Y SOLIDARIDAD.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. DANIEL LEONARDO SANDOVAL PLAZAS, identificado en legal forma, como apoderado sustituta de CAFESALUD EPS, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Paola Espitia Sánchez instauró demanda ordinaria contra IAC JURISALUD CONSULTORES, SALUDCOOP EPS, y CAFESALUD EPS, con el fin de que se declare en relación con IAC JURISALUD CONSULTORES la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de junio de 2004, desempeñando como último cargo el de Coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos, con una asignación salarial de \$ 5.500.000; así mismo, que se declare que el 3 de junio de 2016 se realizó un despido colectivo sin autorización del Ministerio del Trabajo, en consecuencia, que se condene al reintegro al cargo que venía desempeñando u otro de mejor categoría, así como los salarios y prestaciones sociales que se generen, y la indexación; de manera subsidiaria, solicita que se condene de manera solidaria a SALUDCOOP EPS y CAFESALUD EPS, a la reliquidación de prestaciones sociales producto de la nivelación salarial en el cargo de coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos, las cesantías, prima de servicios, vacaciones, la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, la indemnización por despido sin justa causa con el salario realmente devengado, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por falta de pago en la liquidación final del contrato de trabajo, la indexación e intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratada por IAC Jurisalud Consultores, mediante un contrato a término indefinido desde el 01 de junio de 2004; que desde el 08 de abril de 2016 suscribió *otro sí* al contrato de trabajo para fungir como Coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos; que igualmente se pactó un auxilio extralegal de educación por \$1.436.500, adicional al salario ordinario; que fue despedida el 03 de junio de 2016, junto con más de 120 trabajadores, bajo el argumento de la liquidación de la sociedad empleadora; que le hicieron entrega de un documento donde se estipula un valor de \$33.970.024 por concepto de liquidación del contrato, pero nunca le fue pagado; que el 21 de julio de 2016 la entidad IAC JURISALUD le certifica el cargo y funciones desempeñadas como Coordinadora Encargada de la Unidad Contenciosa Administrativa; que desde el 08 de abril de 2016 empezó a devengar la suma de \$5.500.000 como remuneración; que en la liquidación final se establece como último salario el de \$ 4.063.500; que se le reconoció en la liquidación final las prestaciones como Abogada Nacional y no como Coordinadora; que no se le reconocieron ni pagaron vacaciones por los periodos 2014-2015 ni 2015-2016; que no se le ha pagado la liquidación final del contrato de trabajo, la indemnización por despido, ni mucho menos la reliquidación de prestaciones sociales en el cargo de Coordinadora; que la entidad demandada realizó despido colectivo, sin autorización del Ministerio del trabajo; que entre IAC Jurisalud en Liquidación y Saludcoop EPS en Liquidación se celebró un contrato de prestación de servicios desde el 1 de agosto de 2014, y con CAFESALUD EPS se celebró el mismo contrato en el año 2015; no obstante, desde la creación de IAC Jurisalud en Liquidación, esto es, desde el año 2003, tal entidad le prestó sus servicios a Saludcoop EPS y a todo su grupo empresarial, incluyendo Cafesalud EPS; que la prestación de sus servicios fue como abogada nacional contratada por IAC Jurisalud en liquidación para las empresas del grupo empresarial de Saludcoop EPS y Cafesalud EPS, recibiendo órdenes y cumplimiento de funciones ante tales entidades de salud, siendo las beneficiaras de su labor contratada.

Indicó que desde la creación de IAC Jurisalud Consultores, se constituyó como único asociado y/o cooperado a la EPS Saludcoop en Liquidación; que la Superintendencia de Sociedades mediante oficio No 089255 del 17 de junio de 2013 comunicó a la matriz Saludcoop EPS en Liquidación, la configuración de grupo empresarial desde el 21 de octubre del año 2011, entre las que se encuentran dentro del grupo empresarial IAC Jurisalud Consultores; que Saludcoop EPS ejerce como matriz y controlante de IAC Jurisalud Consultores; que mediante Resolución No 2414 del 24 de noviembre de 2015, al Superintendencia de Sociedades ordena la liquidación de SaludCoop EPS; que IAC Jurisalud Consultores, mediante asamblea general de asociados celebrada el 01 de junio de 2016, decretó su liquidación voluntaria; que el 03 de junio de 2016 IAC Jurisalud Consultores procedió a la finalización de más de 120 contratos de trabajo, generando un despido colectivo de más del 95 % de la planta de trabajadores; que en definitiva, tanto IAC Jurisalud Consultores, como Saludcoop EPS en Liquidación, y Cafesalud EPS, son los que deben responder por la falta de pago de las acreencias reclamadas por la actora. (fls. 5 a 34 y 471 a 487 reforma a la demanda).

2. Contestaciones:

2.1 CAFESALUD EPS S.A. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que la demandante nunca ha prestado sus servicios de manera directa o indirecta para CAFESALUD EPS, ya que tal como se confiesa en la demanda, el empleador fue IAC Jurisalud Consultores, y por ende, es tal entidad la llamada a responder, sin que CAFESALUD EPS sea considerada como solidaria pues no tiene ningún vínculo con la demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de

inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad y mala fe, y buena fe (Fols. 259 a 281 y Fols. 493 a 522).

2.2 IAC JURISALUD CONSULTORES en LIQUIDACIÓN: Manifestó que la demandante fue vinculada a IAC CONSULTORES a partir del 01 de octubre de 2010 mediante cesión realizada por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, con quien tenía un contrato desde el 1 de junio de 2004, presentándose una sustitución de empleador; que en la base de datos no se encontró calificación del Ministerio del Trabajo en la que se declare la existencia de un despido colectivo, siendo que la relación laboral terminó por liquidación definitiva de la empresa y ante la imposibilidad de continuar desarrollando su objeto social; que el 05 de agosto de 2016 se le efectuó el pago del 32% de la liquidación final de prestaciones sociales, y el 19 de mayo de 2017 se le canceló el 38% de la liquidación final; que a la trabajadora solo se le adeuda 15.54 días de vacaciones, de acuerdo a la liquidación final de prestaciones; que no existe mala fe por parte del empleador, ya que la entidad entró en proceso de liquidación y se le han realizado los pagos a la actora siguiendo el procedimiento liquidatario de la empresa y respetando la prelación de créditos; que existe imposibilidad jurídica de un reintegro, ya que la empresa se encuentra en trámite de liquidación; que el despido colectivo solo es susceptible de ser definido por el Ministerio del Trabajo. Como excepciones de fondo esgrimió las de cumplimiento de las obligaciones laborales, pago parcial, fuerza mayor, primacía del derecho a la igualdad de los acreedores dentro del proceso de liquidación, liquidación de la empresa, ausencia de mala fe, imposibilidad física y jurídica del reintegro, prescripción, compensación y la genérica (Fols. 322 a 355)

2.3 SALUDCOOP EPS en LIQUIDACIÓN: Se opuso a las pretensiones incoadas por la actora con base en que IAC Jurisalud Consultores y Saludcoop EPS son dos personas jurídicas distintas, y por ello, la existencia del contrato de trabajo no se configura con Saludcoop EPS; que de conformidad con la Ley 222 de 1995, los sujetos sometidos a control o grupo empresarial conservan su individualidad jurídica, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones, con lo que no se configura la solidaridad alegada; que respecto a la pretensión de reintegro, existe imposibilidad jurídica y física ante la liquidación de Saludcoop EPS. Como excepciones perentorias propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo de Saludcoop EPS y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria, independencia de obligaciones de la matriz y sus subordinadas, trámite inadecuado para el cobro de la indemnización y acreencias de índole laboral, vínculo contractual entre Saludcoop e IAC Jurisalud Consultores, prescripción, y la genérica (Fols. 449 a 456).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de marzo del 2019, en el que el fallador de instancia, declaró que entre Diana Paola Espinosa, en calidad de trabajadora y la sociedad Jurisalud Consultores en Liquidación existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de junio de 2004 al 13 de junio del año 2016, el cual terminó sin justa causa; condenó a IAC Jurisalud Consultores en Liquidación y solidariamente a la de EPS Saludcoop a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas de dinero: A) \$135.450 pesos por concepto de indemnización moratoria desde el día 13 de junio del 2016 al 13 de abril del 2018, B) \$33'960.024 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; declaró solidariamente responsable de las condenas a la demandada Saludcoop EPS en liquidación; absolvió a CAFESALUD EPS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró no probada la excepción de prescripción, y gravó en costas a IAC Jurisalud Consultores en Liquidación y de forma solidaria a Saludcoop EPS.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral de la actora con IAC Jurisalud Consultores entre el 01 de junio de 2004 hasta el 13 de junio de 2016, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, siendo su último cargo el de abogada nacional, tal como se evidencia con la copia del contrato de trabajo de folio 360.

Frente al reintegro expresó que, si bien es cierto se constata que la actora fue despedida, no es menos cierto que no se demuestra los presupuestos señalados en el artículo 67 de la ley 50 de 1990 para tener el despido como colectivo; que el representante legal de IAC Jurisalud Consultores reconoció que no se solicitó autorización al Ministerio del Trabajo, pero no se demostró ni se puede establecer los otros requisitos, como el número de trabajadores despedidos y si tal situación ocurrió en el término de 6 meses de que trata el artículo 67 de la ley 50 de 1990.

Con la nivelación salarial, manifestó que en la reforma a la demanda se peticiona la nivelación del cargo de abogada nacional al cargo de coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos, con una asignación mensual de \$5.500.000, ante lo cual consideró el a quo que, aunque se demostró que su último cargo fue el de Coordinadora de Asuntos Contenciosos Administrativos, lo cierto es que dentro del expediente no quedó demostrado el salario que devengaba dicho coordinador, dado que solamente se evidencia lo dicho por la parte demandante en el sentido de que dicho coordinador devenga una suma superior a los cinco millones de pesos, pero nada de ello se demuestra en el diligenciamiento, aunado que la entidad demandada al ser una entidad de derecho privado tiene la facultad libre de establecer los salarios de acuerdo con la asignación propia de su presupuesto; en síntesis, si bien se demostró el último cargo desempeñado por la parte demandante, no se demostró que la misma le hubieran asignado un salario como lo pregona en la reforma de la demanda; que tampoco quedó demostrado dentro del plenario los salarios de personas que hayan desempeñado el cargo similar a la de la demandante, ni tampoco la dicha persona con el que se hizo el comparativo devengara el salario que solicita la parte actora.

Indicó el a quo, que si lo que pretende la parte demandante en últimas es la nivelación salarial por reajustes o por los incrementos que se hagan anualmente, bien sea por incremento del IPC o por incremento del salario mínimo, tampoco está llamada a prosperar, como quiera que los aumentos salariales que realice la empresa frente a sus trabajadores en el sector privado son conflictos de orden económico, los cuales deben ser desatados directamente entre el trabajador y la empresa privada y no con la intervención de un juez laboral.

En lo concerniente a la reliquidación de prestaciones sociales, la misma estaba condicionada a la prosperidad de la nivelación salarial, adicionalmente, en lo tocante con el auxilio de educación como integrante del salario, acotó el cognoscente de instancia que a folio 37 obra otro sí al contrato de trabajo, donde pactan las partes de común acuerdo un auxilio extralegal de educación por valor de \$ 1.436.500, adicional al salario ordinario y pagadero en quincenas vencidas; no obstante, el apoderado de la demandante no indagó al representante legal del empleador sobre tal concepto, ni la naturaleza del mismo, su finalidad y por qué había sido creado, aunado a que la parte actora tampoco dijo nada al respecto, por lo que el despacho no tiene otra alternativa que remitirse al contenido del documento firmado entre las partes, el cual se enuncia que no tiene carácter salarial, y así lo entiende el juzgador. Y si bien tal auxilio se pagaba de manera quincenal, ello no genera que deba tomarse como salarial, pues es deber del juez examinar la naturaleza propia del auxilio constitutivo de salario.

Sobre el pago de las prestaciones sociales manifestó que la representante legal de IAC Jurisalud Consultores en Liquidación, manifestó que se le hicieron unos pagos por conceptos de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones; igualmente, la actora al absolver interrogatorio confesó que recibió tales dineros en su cuenta por parte del empleador, con lo cual, sobre ese tópico procedió a impartir absolución.

En lo atinente a la indemnización moratoria sostuvo que la entidad demandada empleadora realizó el pago de las prestaciones sociales; no obstante, efectuó pagos parciales de la liquidación final de prestaciones sociales, en diferentes calendas, con lo cual, se abre paso a la imposición de la condena por indemnización moratoria, ya que la situación de liquidación de la empresa no coloca al empleador en el plano de la buena fe, pues tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la liquidación de la entidad no es causal para ausentarse del pago de prestaciones sociales, ello en la medida en que el trabajador no puede participar de las pérdidas económicas de la entidad, ni tampoco de los motivos que le dieron origen. En razón a ello, impartió condena de \$135.450 diarios, a partir del 13 de junio de 2016 hasta el 13 de abril de 2018, fecha esta última en que fue realizado el último abono a la cuenta bancaria de la actora, tal como ella misma lo confesó en el interrogatorio.

En lo que refiere a la indemnización por despido sin justa causa, apreció el a quo que se abre paso a tal condena, ya que no existió discusión frente a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, aunado a que a folio 45 y 360, obra liquidación final de prestaciones donde se detalla que se le va a cancelar la suma de \$33.960.024 por concepto de indemnización moratoria, misma que no fue pagada, tal como se constató con el interrogatorio de la representante legal de IAC Jurisalud Consultores en Liquidación, y por tal motivo, fulminó condena por valor de \$ 33.960.024 por este concepto.

Sobre la responsabilidad solidaria consideró que al hacer parte IAC Jurisalud Consultores del Grupo Saludcoop, tal como se constata del certificado de existencia y representación legal visible a folio 190, da lugar a imponer la responsabilidad solidaria de SALUDCOOP EPS en Liquidación, sin que se requiera más elucubraciones; en cuanto a CAFESALUD EPS precisó que no hay lugar a imponer condena solidaria, ya que si bien es cierto el objeto social es similar a la de Saludcoop EPS, la misma no hace parte del Grupo Empresarial de Saludcoop EPS.

Finalmente, asintió que no opera la prescripción ya que la terminación del vínculo laboral aconteció el 13 de junio de 2016, y la demanda se presentó en el mes de noviembre de la misma anualidad.

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante como IAC Jurisalud Consultores y Saludcoop EPS, presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que no comparte el motivo del fallo respecto de la nivelación salarial o interpretación que da el a quo de los incrementos, pues en la demanda se manifestó que a la demandante se le promovió del cargo de Abogada Nacional al cargo de Coordinadora, suscribiéndose un *otro sí*, en el cual se desalarizó a través de un concepto de auxilio de educación; no obstante, quedó demostrado dentro del proceso el salario que devengan los demás coordinadores de IAC Jurisalud Consultores, ello con el testimonio de Jhon Colmenares, quien en su momento fungía como coordinador de la unidad contencioso administrativa y quién específicamente

señaló que el salario que devengaban todos los coordinadores incluido el cargo que posteriormente fue promovida la demandante es de \$5'550.000 pesos, aspecto que igualmente lo reafirmó quién fuese entonces la representante legal de IAC Jurisalud, Tatiana Gómez; ahora bien, no es de recibo que el juzgado señale que no hay un comparativo salarial y que no hay una prueba que demuestre cuál era el valor a través del cual se quería buscar la nivelación salarial, y posteriormente, señale que, efectivamente la nivelación salarial estaba sobre el tope de los \$5'550.000, lo cual es contradictorio; que en el interrogatorio de parte que se le practicó a la demandante, se señaló que dentro de toda la empresa, la única persona que se encontraba desalarizada era ella, de ahí entonces la conclusión es que era la única que se encontraba como Coordinadora devengando menos de lo que le correspondía, es decir, los \$ 5'550.000; que se puede dilucidar que la actora estaba frente a una inequidad o una conducta contraria al principio del trabajo igual salario igual.

En lo relacionado con el auxilio de educación, que en ningún momento se demostró dentro del proceso por parte de las demandadas que este auxilio se hubiese destinado o se hubiese pagado efectivamente para el objetivo o la naturaleza misma de ese auxilio, luego, mal podría concluirse que al no destacarse esa finalidad de ese auxilio, se deba desconocer como base salarial para el cálculo de sus prestaciones sociales y en consecuencia, para la indemnización de despido injusto.

En ese sentido, solicitó se revisen todos los argumentos expuestos y todos los elementos probatorios practicados y allegados dentro del proceso que demuestran que efectivamente la desalarización va en contra del principio de trabajo igual salario igual y que, en consecuencia, debe reliquidarse todas las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto.

Que la actora aceptó unos pagos, pero también fue muy clara en que esos pagos no correspondían al valor de su último salario como Coordinadora de la Unidad Contencioso Administrativo, por lo que solicita que revise detalladamente si los pagos que le hizo IAC Jurisalud Consultores corresponden a los montos a que efectivamente tiene derecho en su liquidación de prestaciones sociales, pues si bien el a quo determina que se pagó, esos valores no se revisan y el extremo procesal presenta total inconformidad con esas sumas canceladas porque no corresponden a lo que realmente tendría derecho.

4.2 IAC Jurisalud Consultores en Liquidación: Insiste en que no se debe condenar a la indemnización moratoria, ya que la entidad demandada se encuentra actualmente en una liquidación administrativa forzosa, ordenada por la Superintendencia Solidaria, ello en virtud de la reunión de la Asamblea General llevada a cabo el 01 de junio del 2016, donde se levantó acta y se inscribió en la Cámara de Comercio de Bogotá, precisando que existe una regulación especial en estos procesos de liquidación forzosa administrativa, con el cual se impide poder administrar los recursos remanentes de esta liquidación de forma espontánea, tal como se establece en el capítulo 12 de la Ley 79 de 1988 que versa sobre los procesos de liquidación de las organizaciones del sector cooperativo; que si bien es cierto, existe una prelación legal que en primer término atañe a los gastos propios de dicha liquidación y en segundo término al reconocimiento de las acreencias laborales, también lo es que, son etapas que se van agotando en su debido momento; que la actora es un acreedor más en dicho proceso liquidatario, y debe respetarse como tal, ese proceso liquidatario.

Que la sociedad demandada ha realizado pagos parciales, pero ha sido porque en la medida de lo posible ha recuperado activos u otros dineros, para poder pagar las

acreencias reconocidas; Adicional a ello, no podemos evidenciar o indicar que dicho pago fraccionado evidencia una mala fe por parte de mi representada, es más la misma Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral, en sentencia con radicado 2833 del 2017 indicó que no se da mala fe frente al incumplimiento en empresas que están en estado de liquidación.

Que, sobre la indemnización por despido sin justa causa, el a quo pasó por alto que ya hubo un pago correspondiente al 22% de esa indemnización, equivalente a \$7'471.205.

4.3 Saludcoop EPS en Liquidación: interpone recurso de alzada en relación con la responsabilidad solidaria en cuanto a los pagos de indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa y costas generadas en el presente proceso; que la indemnización moratoria no procede de manera automática y debe tenerse en cuenta que IAC Jurisalud Consultores se encuentra en proceso de liquidación, lo que no le permitió realizar los pagos en un solo momento; que frente a la solidaridad, si bien es cierto la Superintendencia de Sociedades indicó tal como se puede observar en el certificado de existencia y representación legal, que con IAC Jurisalud se configuró desde el año 2011 una situación de grupo empresarial donde SaludCoop EPS se tiene como sociedad matriz, ello no significa que IAC Jurisalud Consultores se tenga como empresa subordinada de conformidad con la Ley 1116 de 2016 y la Ley 222 de 1995; que no se configuran los presupuestos de la solidaridad del artículo 34 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; que si bien es cierto se celebró un contrato de prestación de servicios entre la IAC Jurisalud Consultores y SaludCoop EPS en liquidación, vale la pena indicar que el objeto social de SaludCoop EPS en liquidación está encaminado a la prestación de servicios de salud y afiliación de las personas al sistema general de Seguridad Social en Salud del Régimen Contributivo, mientras que el contratista IAC Jurisalud Consultores tenía como objeto social brindar asesoría jurídica integral a entidades sin ánimo de lucro del sector cooperativo, y como quiera que quedó demostrado que las labores que desarrolló la demandante tenían un carácter netamente jurídico como abogada nacional o como Coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos, se debe tener en cuenta que dichas funciones en nada tiene que ver con la actividad que desarrolla Saludcoop EPS en liquidación, y por su parte respecto del artículo 36 del CST, dado que la naturaleza jurídica de las entidades IAC Jurisalud y Saludcoop EPS, pertenecen al sector cooperativo y son entidades sin ánimo de lucro y no sociedades de personas como lo establece la norma, no hay lugar a la condena por responsabilidad solidaria por parte de Saludcoop EPS.

5. Alegatos de conclusión.

CAFESALUD EPS: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la entidad demandada de las suplicas incoadas por la actora, dado que la entidad demandada no tuvo ninguna vinculación de orden laboral con la demandante, no siendo procedente la solidaridad.

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) ¿El salario de la actora (Abogada Nacional) debe nivelarse con el salario devengado por el cargo de "Coordinadora de Unidad Contenciosa Administrativa"?
- (ii) En caso positivo, ¿le asiste a la demandante el derecho a la re-liquidación de la liquidación final de prestaciones sociales e indemnizaciones?
- (iii) ¿El "auxilio de educación" pactado en el *otro sí* constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?
- (iv) ¿La condena por indemnización por despido sin justa causa corresponde a \$33.960.024 o es inferior debido a los abonos parciales efectuados por IAC Jurisalud Consultores en Liquidación?
- (v) ¿El proceso de liquidación de IAC Jurisalud Consultores 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?
- (vi) ¿Saludcoop EPS es responsable solidaria de las condenas impuestas a IAC Jurisalud Consultores en Liquidación?

Nivelación Salarial

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, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada IAC Jurisalud Consultores en Liquidación en su contestación (Fols. 322 a 355), sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 35 a 39 y 360 a 367) y el certificado laboral expedido por la demandada (folio 40).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7º de la ley 1496 del 2011, es del siguiente tenor:

"1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación"

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para el efecto en la sentencia SL3165-2018 con radicado 69663 del 25 de julio de 2018, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (...) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes*

de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva”

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la sentencia SL 24272, 10 jun. 2005, en la cual la Alta Corporación precisó: *"es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc”.*

En providencia reciente (SL1662-2021) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citando las anteriores providencias y la línea jurisprudencial sobre este tópico establece que a la nivelación salarial puede arribarse por dos caminos, el primero por condiciones de eficiencia, en la que *"al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado"*, y el segundo, cuando existe un escalafón que fija salarios para determinado cargo, evento en el cual *"basta probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral"*.

Y concluye la Corte citando la sentencia SL14349-2017, para decir que en relación con la carga de la prueba que:

*"Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, **en todo caso al trabajador le corresponde probar** el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación". (Negrilla fuera del texto)*

Conforme a los presupuestos legales y jurisprudenciales señalados, la Sala advierte que la razón está del lado del cognoscente de instancia, pues la parte actora pretende la nivelación salarial al cargo de Coordinadora de la Unidad de Asuntos Contenciosos Administrativos, ello en virtud de que fue su último cargo.

Nótese que, en efecto a folio 49 del diligenciamiento obra una certificación laboral expedida por IAC Jurisalud Consultores en la que se constata que la demandante se desempeñó en la Unidad Contencioso Administrativo desde el 01 de junio de 2004 hasta el 13 de junio de 2016, ejerciendo en el cargo de Abogada Nacional desde el 01 de junio de 2004 hasta el 30 de marzo de 2016, y desde el 01 de abril de 2016 hasta el 13 de junio de 2016 como Coordinadora encargada de la Unidad Contencioso Administrativa, pero con esa sola probanza no se abre camino a la nivelación salarial pretensa, esto es, a establecer que su asignación salarial final debía ser como Coordinadora con una asignación de \$5.550.000, por las siguientes razones.

En primer término, si debiéramos entender que la nivelación salarial no es por condiciones de eficiencia, antigüedad u otros aspectos, debía la parte actora, además de allegar la citada certificación, arrimar la escala salarial o como lo dice la Corte, el escalafón de

salarios que corresponde al cargo de Coordinador de la Unidad Contenciosa Administrativa, y tal probanza bien podía haberla solicitado al empleador y añejarla al proceso, pero ello no aconteció, razón por la cual, no puede la Sala entrar a fulminar condena bajo supuestos, teniendo como salario del cargo de Coordinador, que esgrime la actora en el libelo genitor de \$ 5.550.000.

Ahora, en este punto alude el poderhabiente judicial de la activa, que tal emolumento se encuentra acreditado con el dicho de Jhon Henry Herrera Colmenares; no obstante, una vez escuchado tal testimonio, en lo que aquí interesa, el deponente dijo que la actora tuvo un ascenso al cargo que aquel desempeñaba como Coordinador de la Unidad Contencioso Administrativa, y que el salario era de "\$5.200.000" "no recuerdo bien el excedente a ella, entiendo que se le daba una bonificación antes de que fuera nombrada en propiedad", dichos que, en primer lugar, desdican la posición de la parte activa de que el salario de Coordinador de la multicitada unidad era de \$5.550.000, y además, si aquel testigo que ejerció el mismo cargo, dudó acerca de "el excedente" que le otorgaban a la demandante, por lo que a las claras la retribución que aquel recibía en comparación con la demandante no era similar, y en ese orden, mal podría la Sala asumir que la asignación salarial en el cargo de Coordinador de la Unidad Contencioso Administrativa era de \$5.200.000 como lo dijo el testigo o de \$ 5.550.000 como lo dice la demandante, pues para impartir condena por nivelación salarial no es posible adentrarse en el camino de las suposiciones.

Del mismo modo, nótese que el testigo al preguntarle si todos los coordinadores de IAC Jurisalud Consultores ganaban el mismo salario, respondió que "todos 100% prestacional", pero no estableció un valor determinado, aunado a que, si aquello fuera valedero, no existiera la controversia sobre el "auxilio de educación" que reclama la actora sea factor prestacional y que más adelante se estudiará; del mismo modo, a folio 488 obra liquidación final del trabajador Milton Herllem Peláez Parra, quien ejerció como Coordinador Jurídico, cuya asignación salarial es de \$5.500.000, es decir, que la manifestación del testigo Jhon Henry Herrera Colmenares, acerca de que todos los coordinadores devengaban lo mismo, se cae por su propio peso al haber afirmado que era de \$5.200.000.

Igualmente, tampoco podría asumirse que la asignación salarial de la actora tenga que ser de \$5.500.000 y dar paso a la nivelación salarial, ya que aquel documento aportado por la activa corresponde al Coordinador Jurídico, y ella reclama en calidad de Coordinadora de la Unidad Contencioso Administrativa.

Ahora, si lo peticionado es que se nivele el salario a lo que devengaba el señor Jhon Henry Herrera Colmenares, quien manifestó haber ejercido el cargo de Coordinador de la Unidad Contencioso Administrativa, también tal pedimento va al fracaso, pues aquí se estaría frente al evento que la Corte denomina criterio de eficiencia, y para ello, se requiere hacer el parangón entre la demandante y Jhon Henry Herrera Colmenares, pero nada de ello se demuestra, ya que no se cuenta con los parámetros para efectuarlo, esto es, antigüedad de cada uno, formación académica, experiencia, entre otros factores. Tal como lo menciona la Corte y se extractó al inicio de esta providencia, no se *"aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva"*, y en consecuencia, ante la orfandad probatoria sobre este tópico, la Sala habrá de impartir confirmación de la sentencia de primer grado, quien en apego jurídico absolvió a la sociedad demandada de esta suplica.

Como quiera que la re-liquidación de las prestaciones dependía de la prosperidad de la nivelación salarial, por sustracción de materia la Sala no entra a realizar ninguna

disquisición al respecto, aclarando que en la alzada la parte actora hace alusión a que el a quo no revisó si los pagos efectuados en la liquidación final de prestaciones corresponden a los que realmente tenía derecho, aspecto que resulta ser sorpresivo en el proceso, pues en el transcurso del mismo solo se discutió la reliquidación de las prestaciones con fundamento en que no debían liquidarse con el salario de "abogada nacional" sino como Coordinadora, es más, a folio 613, el apoderado judicial de la activa, recalca que *"a la fecha NO se le han cancelado todas y cada una de las sumas correspondientes a prestaciones sociales e indemnizaciones por despido injusto con el salario de Coordinadora de lo contencioso Administrativo (...) a la fecha solo se le han cancelado la suma de \$13.623.013, suma incompleta al valor que realmente tienen derecho conforme se deriva de su último salario devengado y ejecución del contrato de trabajo"*, y por ese motivo, el juez solo verificó que se efectuaron los pagos parciales de la liquidación, sin adentrarse en revisar concepto por concepto, pues si ello hubiera sido lo pretendido por la demandante, debía colocar a la palestra cual es la diferencia que se presenta entre la liquidación que efectuó la entidad con la que aduce la parte actora, pero nada de ello se esgrime en el proceso, y de otro lado, no puede esta Judicatura en la alzada entrar a revisar cada concepto de la liquidación final de prestaciones y si la misma está o no bien liquidada, ya que la sustentación de la apelación es general, siéndole exigible en la alzada una exposición clara y suficiente de las razones fácticas y jurídicas del tema que requiere sea estudiado por el Tribunal, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, donde señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **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**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a "si los conceptos de la liquidación final de prestaciones sociales están o no bien liquidadas", pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, pues la simple afirmación escueta de que "no se verificó cada concepto", no abre camino para el estudio por vía de apelación de adentrarse al estudio de si cada prestación incluida en la liquidación final de prestaciones se encuentra o no bien liquidada.

Auxilio de alimentación como salario

Al respecto, establece el artículo 127 del CST los elementos integrantes del salario, de la siguiente manera:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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”.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de la sentencia de radicación No 5481 de 2003, hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala se extracta lo que resulta relevante para definir el caso sometido a estudio, veamos:

“Sobre particular, debe indicarse que esta Corporación encuentra, que si bien el artículo 127 el CST, establece que el pago habitual y continuó ya sea en dinero o en especie que retribuye directamente el servicio, debe ser catalogado como salario para todos los efectos legales, también es cierto que, a partir de la modificación que le introdujo el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al canon 128 de la misma codificación, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, podrían ser considerados sin incidencia salarial, en razón de lo acordado expresamente por las partes (...)

Esta Sala en la sentencia SL7820-2014 radicación n.º 438 del 18 de junio de dos mil catorce 2014, acerca de la interpretación del artículo 127 del C.S.T. expuso:

*Es decir, para el impugnante, el presupuesto de la naturaleza salarial consistente en que el pago se haga como contraprestación directa del servicio se deriva de la sola condición de ser trabajador para quien lo sufraga, lo cual es equivocado, por cuanto, de aceptarse esta tesis, se llegaría a la situación de que todo lo que recibe el trabajador de su empleador, por el solo hecho de ser trabajador, es salario, inteligencia que no se desprende del artículo 127 en comento, toda vez que esta exige de forma clara, para que un pago sea considerado como salario, **que se haga como retribución directa del servicio**. Negrillas del texto.*

(...)

De conformidad con lo expuesto, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)

Luego, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado

*Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, **por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario** y que al parecer-porque **no se detuvo en ese análisis fáctico**- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, **cuando debió realizar el juicio***

hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el estímulo al ahorro acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional. (Negrilla fuera del texto)

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrimientos del cognoscente de instancia, ya que la parte demandante solo allega al plenario el *otro sí* al contrato de trabajo que milita a folio 37, en la que se establece que:

"las partes de común acuerdo reitera que el EMPLEADOR, reconocerá por mera liberalidad al (a) TRABAJADOR (A) un beneficio mensual extralegal denominado "Auxilio Extralegal de Educación" por valor de \$ 1.436.500, adicional al salario ordinario, pagadero en quincenas vencidas, cual no reconoce la prestación personal del servicio desempeñado por el (la) TRABAJADOR (A), ni para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

PARÁGRAFO PRIMERO: CARÁCTER NO SALARIAL. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que el beneficio mencionado en la presente clausula no constituye salario en dinero ni en especie (sic) ni factor salarial para la liquidación de acreencias laborales de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo"

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, y que permita como lo menciona la Corte, hacer ese ejercicio hermenéutico para examinar su naturaleza y finalidad, es decir, si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante, ya que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual como en efecto ocurre en el sub examine, sino que se requiere auscultar en que consistió tal auxilio y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo el apoderado judicial de la activa demostrar con la prueba testimonial practicada a los compañeros de trabajo, o inquirendole al representante legal del empleador en el interrogatorio de parte, pero ninguno de esos aspectos se preguntó, aspectos que dejan sin probanza la pretensión elevada en tal sentido, y por ello, no queda otro camino que impartir confirmación a la sentencia absolutoria en este aspecto.

Indemnización por despido sin justa causa.

La sociedad demandada IAC Jurisalud Consultores en liquidación, en la alzada enuncia que el a quo pasó por alto que ya hubo un pago correspondiente al 22% de esa indemnización, equivalente a \$ 7'471.205, aspecto que lleva a la Sala a verificar si en efecto se encuentra acreditado tal pago o no.

Tenemos a folio 45 la liquidación final del contrato, donde se establece que le corresponde a la actora los siguientes conceptos:

	"DEVENGOS	DEDUCCIONES
-Vacaciones por liquidación:	\$ 2.105.119	
-Prima de Servicios:	\$1.839.862	
-Cesantías:	\$1.839.863	
-Intereses sobre las cesantías:	\$ 99.965	

-Indemnización laboral: \$33.960.024
-Retención en la fuente: \$ 3.000
-PGS progressa descuento general: \$5.871.809

Total devengos: \$ 39.844.833 Total deducido: \$5.874.809
Neto a pagar: \$ 33.970.024"

Como quedó sentado en la primera instancia, la parte actora confesó en el interrogatorio de parte haber recibido pagos parciales de parte de IAC Jurisalud Consultores en Liquidación, que fueron depositados en su cuenta, con lo cual, el mismo apoderado judicial de la activa relacionó de manera discriminada los pagos recibidos, de la siguiente manera (Fol. 613)

FECHA	CODIGO	CONCEPTO	VALOR
05/08/2016	0592	Abono dispersión nomina	\$1.914.613
19/05/2017	0592	Abono dispersión nomina	\$2.235.087
13/09/2017	0592	Abono dispersión nomina	\$588.180
11/04/2018	0592	Abono dispersión nomina	\$1.143.928
15/05/2018	0592	Abono dispersión nomina	\$7.741.205

De la sumatoria de los anteriores conceptos tenemos que en total la entidad demandada ha cancelado a la actora el valor de \$ 13.623.013, valor que la misma parte actora acepta haber recibido, tal como se constata a folios 613 a 630.

Ahora, por concepto de prestaciones sociales adeudadas de la liquidación final tenemos: \$2.105.119 por vacaciones, \$1.839.862 por prima de servicios, \$1.839.863 por cesantías, y \$99.965 por intereses de las cesantías, lo que arroja un total de **\$5.883.844**, y como quiera que se han efectuado abonos por un total de **\$13.623.013**, debe necesariamente tenerse que los **\$7.739.169** restantes, corresponden al pago parcial por concepto de indemnización por despido sin justa causa, esto es, que aún falta por sufragar a favor de la actora la suma de **\$26.220.855**.

En ese orden, como el a quo no hizo tales operaciones, sino que asumió que los pagos parciales efectuados a la actora solo lo eran por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, sin tener en cuenta que en el valor total también está incluido el valor de la indemnización por despido, habrá de modificarse la sentencia de instancia en este aspecto, ordenando el pago a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante el valor de **\$26.220.855** por indemnización por despido pendiente de pago.

Indemnización moratoria

Lo primero que debe precisar la Sala, 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 13 de junio de 2016, tal y como lo determinó el fallador de instancia.

Así mismo, lo relativo a las acreencias laborales pretensas quedaron debidamente resueltas con la sentencia de primera instancia, presentándose 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 la cognoscente de instancia fulminó condena bajo el razonamiento de que el pago fue a través de consignaciones parciales, siendo el último pago el 13 de abril de 2018; no obstante, no se detuvo a estudiar la situación particular de la entidad demandada, esto es, las razones por las cuales tal pago se realizó de manera fraccionada, punto sobre el cual edifica la alzada las entidades demandadas IAC Jurisalud Consultores y Saludcoop EPS.

Considera la Sala que en efecto le asiste razón a la alzada, en la medida en que tal como lo prescribe el artículo 111 de la ley 79 de 1988, dentro de los efectos de la disolución y liquidación de la cooperativa se incluye la prohibición al liquidador de iniciar nuevas operaciones en desarrollo del objeto social y solo conservara la capacidad jurídica para los actos necesarios de la inmediata liquidación, en ese orden, lo que sigue es verificar si para el momento en que finalizó la relación laboral (13 de junio de 2016) IAC Jurisalud Consultores en Liquidación ya había iniciado el proceso de disolución y liquidación, lo que en efecto se constata con la resolución No 01 del 08 de agosto de 2016 (Fols. 207 a 210), en la que se acepta el inventario de activos y pasivos de la entidad en liquidación, y en los antecedentes se indica que: "*en reunión Universal de Asamblea de Asociados celebrada el 1 de junio de 2016 (Acta No 18), se tomó la decisión de declarar disuelta y en estado de liquidación a la IAC JURISALUD CONSULTORES*", lo que lleva a inferir en primera medida que para el momento de finalización de la relación laboral (13 de junio de 2016) ya el empleador se había sometido al proceso de disolución y liquidación en los términos de la Ley 79 de 1988 por ser un ente Cooperativo.

Lo que sigue es verificar si para el momento en que finalizó la relación laboral (13 de junio de 2016) la entidad empleadora incurrió en conductas desprovistas de buena fe al sustraerse de la obligación de cancelar la liquidación final de prestaciones sociales, a pesar de encontrarse inmersa en el proceso de disolución y liquidación, para lo cual, al revisarse el contenido de la resolución No 01 de 2016, encuentra que la omisión en el pago no fue injustificada, ya que se logra extraer que el inventario de activos para la fecha de la disolución era de \$2.714.111.271, discriminado en \$238.436.337 en efectivo recibido a través de una cuenta bancaria por el liquidador, \$2.363.940.553 como cartera por cobrar a clientes con el "fin de iniciar la búsqueda de su recaudo, \$58.863.200 por concepto de valor comercial una oficina, y \$52.871.181 por concepto de inversión en la Cooperativa EPSIFARMA; mientras que los pasivos ascendían a

\$2.679.263.878, discriminados de la siguiente manera: \$1.710.484.501 como obligaciones laborales, \$387.885.733 por obligaciones tributarias, y \$580.893.644 por concepto de costos y gastos por pagar.

De lo relatado, efectivamente en lo que respecta a las obligaciones laborales para el mes de junio de 2016 existía un pasivo de \$1.710.484.501, dentro del que se encuentra la obligación de la actora según el anexo de folio 218 por valor de \$37.927.220, mientras que el activo en efectivo solo ascendía a \$238.436.337, es decir, que la situación económica de IAC Jurisalud Consultores era crítica, y por ende, en el mismo acto administrativo donde se aceptó el inventario de activos y pasivos, se concluye que: *"debe advertirse que al tener en cuenta el valor total de activos realizables se observa que no cuenta con recursos suficientes para atender sus obligaciones de carácter pecuniario"*, aspectos trascendentales que soslayó el a quo, pero que para esta Judicatura revisten de importancia para sostener que la sustracción en el pago de la liquidación de prestaciones sociales fue producto del sometimiento de la cooperativa a la causal de disolución y liquidación por razón de su situación financiera, sin que se evidencie un actuar injustificado en la conducta omisa de cumplir con el pago de la liquidación final de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, máxime cuando en efecto la actora aparece relacionada en el anexo de pasivos pendientes por pagar a cargo de la entidad accionada, junto con otros 123 trabajadores, cuyos créditos están calificados y graduados en la primera clase (Fols. 218 a 220).

Lo anterior también da cuenta de que en efecto la insolvencia o iliquidez fue de tal envergadura que en efecto llevó a la entidad empleadora a sustraerse de sus obligaciones, aspecto que encuentra apoyatura en lo delineado en la sentencia SL845 de 2021.

De igual manera, aprecia la Sala que la entidad demandada IAC Jurisalud Consultores en Liquidación, si bien efectuó los pagos de manera fraccionada a la actora, ello devino, como lo menciona la entidad recurrente, de la gestión para recuperar los activos u otros dineros, para poder pagar las acreencias reconocidas, lo que tiene sentido si se revisan las anteriores cifras, ya que solo sería posible cubrir los \$1.710.484.501 por pasivo laboral, si se recupera la cartera contada como activo por valor de \$2.363.940.553, pues los otros conceptos relacionados como activos son ínfimos frente al pasivo laboral con el que finalizó la cooperativa al mes de junio de 2016.

La Sala también da cuenta que IAC Jurisalud Consultores en Liquidación en el proceso liquidatorio cumplió con el pago de las prestaciones sociales de la actora, a pesar de hacerlo de manera fraccionada, y ello da cuenta la resolución No 02 de 2016 del 14 de septiembre de 2016 (Fols. 212 a 217), en la que se reconoce, califica y gradúa los créditos, pues se observa que del valor total de las acreencias reconocidas a favor de los trabajadores, se descuenta la cifra correspondiente al abono realizado "el pasado 5 de agosto", y precisamente, del reporte que allegó el apoderado judicial de la actora, se observa que el 05 de agosto de 2016 le fue abonado a la cuenta de la demandante el valor de \$1.914.613 (Fol. 613), lo que denota un actuar desprovisto de mala fe, y al contrario, se evidencian actos tendientes a cumplir a cabalidad con el trámite de liquidación y con el saneamiento del pasivo laboral a favor de la demandante, por lo que a voces de la Corte Suprema de Justicia podría decirse que el empleador *"cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite"* (SL16884-2016).

De todo lo anterior es dable inferir que la entidad accionada se ciñó a los trámites de la disolución y liquidación de la Cooperativa que establece la ley 79 de 1988, y no obra

en el expediente prueba que dé lugar a entender que durante el trámite del proceso de liquidación en el caso específico de la demandante se haya negado u omitido de manera injustificada darle prelación a su crédito, o que se haya negado el pago de lo adeudado, pues se allanó al pago de lo establecido en la liquidación final de prestaciones sociales, conducta que lo ubica en el campo de la buena fe.

Finalmente sobre este tópico, si bien existe un valor insoluto por pagar, por **\$26.220.855** por concepto de indemnización por despido, dicho rubro no se engloba en la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, tal como lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado No 42940 de 2018, en razón a que tal emolumento no constituye una prestación social en estricto sentido.

De lo que viene dicho, la Sala revocará la condena impuesta por ese concepto.

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 contratante¹. (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.

¹CORTE 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.

Bajo este derrotero, en lo que respecta **al primer presupuesto** se encuentra acreditado a folios 368 a 378 el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre Saludcoop EPS O.C. e IAC Jurisalud Consultores, cuyo objeto es *"prestar los servicios profesionales de asesoría jurídica, representación judicial y extrajudicial en defensa de los intereses de SALUDCOOP EPS, en materia de Derecho laboral, civil, comercial, penal, constitucional, jurisdiccional, fiscal, administrativo y corporativo en aquellos procesos en los que sea parte SALUDCOOP EPS en todos los trámites ante cualquier autoridad judicial o administrativa de carácter nacional, departamental o municipal, (...) así como la supervisión a las firmas jurídicas asesoras externas designadas por SALUDCOOP EPS y en general todas las actividades conducente a apoyar en el ámbito jurídico legal a SALUDCOOP EPS"*.

En lo relacionado con el **segundo presupuesto**, se tiene que no fue objeto de discusión que IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación y la señora DIANA PAOLA ESPITIA SANCHEZ fue contratada para ejercer como "abogada nacional" en la unidad Contenciosa Administrativa de IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación, prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de SALUDCOOP EPS, en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre Saludcoop EPS O.C. e IAC Jurisalud Consultores (Fols. 43 y 44).

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión, siendo que respecto a SALUDCOOP EPS en Liquidación consiste en: *"la afiliación y el registro de los afiliados del sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y girar al fondo de solidaridad y garantía o percibir de este, dentro de los términos previstos en las normas legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación, todo de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 y en las demás normas legales que se adopten sobre el sistema general de seguridad social en salud"*(Fols. 70 a 130), por su parte, el objeto social de IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación, lo constituye: *"incrementar y desarrollar el sector cooperativo, mediante el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferentemente a SALUDCOOP EPS, sus entidades filiales, subsidiarias y relacionadas, y a los organismos competentes del sector cooperativo, el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales. Para tal efecto, su línea de actividades será ofrecer integralmente a personas jurídicas, públicas o privadas, servicios de asesoría jurídica integral en asuntos civiles, laborales, comerciales, y en general cooperativos y corporativos"*(Fols. 67 a 69).

Así, es menester acotar en este punto que la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, no quiere decir ello que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos

coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL14540-2014:

"(...) para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico."

Esclarecido lo anterior, del parangón entre los objetos sociales de las entidades demandadas se concluye que no guardan relación, ni tienen el mismo fin, ya que mientras Saludcoop EPS se encarga de la afiliación y registro de afiliados al sistema general de seguridad social en salud, y demás funciones contenidas en el sistema integral de seguridad social establecidas en la Ley 100 de 1993, particularmente las que se encuentran en el artículo 177 a 180, la entidad IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación, se encarga de brindar servicios de asesoría jurídica integral en asuntos civiles, laborales, comerciales, y en general cooperativos y corporativos, lo que parafraseando lo establecido en sentencia de radicación 9881 del 10 de octubre de 1997 *"en estricto rigor no constituye su esencia, en la medida en que es un soporte no inherente a su cabal desarrollo"*.

Ahora, si bien es cierto el artículo 180, numeral 4º ordena que las EPS deberán disponer de una organización administrativa y financiera que permita el desarrollo de su objeto social, de ninguna manera cabría en ésta lo atinente a los servicios de asesoría jurídica integral.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia, ha delineado que el estudio de la solidaridad no se agota con el comparativo de los objetos sociales, sino que debe también revisarse *"las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador"* (Radicación 40541-2013); empero, de la certificación que milita a folio 43 se observa que sus actividades fueron eminentemente jurídicas en lo relacionado con la defensa judicial, sin que ninguna sea conexas con el objeto social de SALUDCOOP EPS, esto es, la afiliación y el registro de los afiliados del sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, o las que delimita los artículos 177 a 180 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, habrá de decirse que no se configura la solidaridad, y por esa vía, en línea de principio se le daría la razón a la sociedad apelante; no obstante, el a quo al hacer las disquisiciones para imponer la solidaridad hizo referencia a que la misma era procedente por ser IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación parte del grupo empresarial de SALUDCOOP EPS en Liquidación, ya que esta última ejercía como matriz o controlante de IAC JURISALUD CONSULTORES, lo que en efecto constata la Sala, pues a folio 129 se allega el certificado de existencia y representación legal de SALUDCOOP EPS, donde se indica que SALUDCOOP EPS ejerce *"situación de control y grupo empresarial sobre: (...) IAC JURISALUD CONSULTORES"*, pero, disiente la Sala de las consideraciones del cognoscente de instancia, ya que en los eventos de sociedades matriz o controlante la solidaridad predicada no lo es la del Artículo 34 del CST, sino la que deviene del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, que establece que si la insolvencia o liquidación de la subordinada se produce por causa o con ocasión de las actuaciones de la matriz o controlante, responderá de forma subsidiaria por las obligaciones de la entidad en liquidación (SL471-2019).

En ese mismo sentido, en sentencia SL6707-2016 frente a la solidaridad y responsabilidad subsidiaria de la matriz, dejó dicho la Corte que la responsabilidad subsidiaria es aplicable cuando la entidad subordinada haya entrado en insolvencia o liquidación obligatoria, y no cuando se presenta liquidación voluntaria.

Con los anteriores parámetros jurisprudenciales, constata la Sala que la liquidación de IAC JURISALUD CONSULTORES acaeció por causa directa de la situación que venía afrontando la sociedad matriz SALUDCOOP EPS en liquidación, y así se puede extraer de la documental de folio 390 del cartulario, en la que se detalla que IAC JURISALUD CONSULTORES se vio avocada a iniciar el proceso de disolución y liquidación en virtud de que mediante resolución No 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la liquidación de SALUDCOOP EPS OC, con lo cual, perdió la calidad de asociada de IAC JURISALUD CONSULTORES, y al ser SALUDCOOP EPS el único asociado de IAC JURISALUD CONSULTORES, se configuró la disolución prevista en el numeral 2° del artículo 107 de la ley 79 de 1988.

Nótese que la Ley 79 de 1988 regula el tema de la legislación Cooperativa, y en el artículo 107 establece las causales de disolución, siendo que en el sub examine IAC JURISALUD CONSULTORES aplicó la del numeral 2°, es decir, que de manera forzosa entró en disolución y liquidación ante el retiro de la sociedad matriz o controlante como asociada, y no lo fue de manera voluntaria, pues en tal caso se hubiera ceñido por el sendero del numeral primero del artículo 107 ejusdem.

Por lo anterior, diáfano resulta para esta Colegiatura predicar que en el sub examine SALUDCOOP EPS en Liquidación debe responder de manera subsidiaria frente a las obligaciones a que fue condenada IAC JURISALUD CONSULTORES en liquidación, lo que connota que erró el a quo en la configuración de la solidaridad, y en ese sentido, habrá de modificarse la decisión de instancia.

Finalmente, como quiera que la solidaridad aquí predicada es subsidiaria, erró también el juez primigenio al imponerle a SALUDCOOP EPS en Liquidación la solidaridad en la condena en costas de primera instancia, ya que bien sea la solidaridad del artículo 34 del CST, o la que aquí se estableció como responsable subsidiaria, no lleva inmerso el pago de las costas, pues tal concepto a la luz de lo establecido en el artículo 365 del CGP, se imponen a la parte procesal vencida en juicio, y en el presente evento tanto IAC JURISALUD CONSULTORES como SALUDCOOP EPS fueron convocadas como entidades demandadas, lo que ameritaba que como partes procesales vencidas en juicio se diera aplicación a lo dispuesto en el numeral 6° *ibídem* que establece la fijación de costas cuando son dos o más litigantes que deben asumir las costas, indicando que se condenará en proporción a sus intereses en el proceso, y si nada se dispone, se entenderá que las costas se distribuyen en partes iguales, lo que significa que de ninguna manera haya cabida a la condena solidaria en costas como lo fulminó el a quo, y en ese sentido, como tal punto fue objeto de disenso por SALUDCOOP EPS en Liquidación, lo procedente es que al resultar tales entidades vencidas en juicio, debe el juez de primer grado proceder a fijar las costas de primera instancia ceñido a lo que establece el artículo 365 del CGP.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada que la apelación de la parte demandante no prosperó y la que hiciere las partes apelantes prosperaron de manera parcial, en ese sentido, de conformidad con el numeral 5° del artículo 365 del CGP no hay lugar a las mismas.

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 y MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO, así como **MODIFICAR el NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 13 de marzo del 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, para mejor proveer quedarán de la siguiente manera:

"SEGUNDO: CONDENAR a IAC JURISALUD CONSULTORES en Liquidación a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de \$26.220.855 por concepto de indemnización por despido sin justa causa pendiente de pago.

TERCERO: DECLARAR que SALUDCOOP EPS en Liquidación es responsable subsidiaria frente a la condena impuesta a IAC JURISALUD CONSULTORES en liquidación, conforme a la parte motiva de esta providencia".

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera deberán modificarse e imponerse en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 365 del CGP.

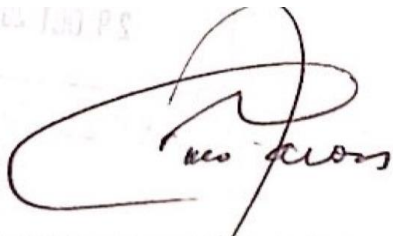
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto parcial)

-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: NESTOR RAUL MONTOYA ORDOÑEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-026-2019-00073-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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. NESTOR URIEL MONTOYA ORDONÑEZ 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 afiliado 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 10 de mayo de 1979; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de febrero de 1994; que la AFP PORVENIR S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que el 06 de noviembre de 2018 recibió de PORVENIR S.A. la información de que su mesada pensional va a ser de aproximadamente dos salarios mínimos; que su historia laboral de cotizaciones ha sido con unas cotizaciones superiores a los dos salarios mínimos; que el 06 de noviembre de 2018 le fue negado el traslado por parte de PORVENIR S.A. y, finalmente, que el 26 de octubre de 2018 le fue negado el traslado por COLPENSIONES. (fols. 3 a 10).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 51); 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 afiliación del demandante tiene plena validez, por lo que efectuar el traslado de los aportes a COLPENSIONES generaría descapitalización para tal entidad, aunado que para aceptar el traslado debe contar con el análisis y aprobación del fondo privado. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 79 a 95).

4. Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen se efectuó con el lleno de los requisitos legales establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, aunado a que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado, por lo que tal acto debe tenerse como válido; que la AFP cumplió con la información exigible para la época del traslado de conformidad con el Decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (fols. 80 a 88).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de abril 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 la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia 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 solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que efectivamente el actor suscribió el formulario de afiliación en el año 2004, pero de aquel documento no se demuestra que se haya brindado la información que se exige en este tipo de procesos; que en el interrogatorio de parte solo se manifestó que hubo una reunión en la recepción de la oficina, pero solo le informaron que el ISS estaba sin liquidez y además tenía muchos problemas, siendo lo más conveniente afiliarse en el fondo privado; que la testigo Jacqueline Sánchez dio cuenta de que se le informó al actor sobre el bono pensional, pero no se le dijo cuándo se redimiría, ni de los requisitos de cómo se liquidaría su pensión en el RAIS, así como tampoco de la garantía de pensión mínima o de las modalidades de pensión en el RAIS.

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 el demandante junto con sus rendimientos financieros y sin que tenga lugar descontar suma alguna por concepto de administración, 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, 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.** interpuso recurso de apelación solicitando que sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia, argumentando que no desconoce que en efecto se debe brindar información al momento del traslado, pero que aquella información no es la que consideró el despacho, sino la que para la época del traslado era exigible, información que insiste si se le brindó al actor en el año 2003, la cual quedaba consignada en el formulario de afiliación, documento o prueba suficiente para dar por acreditado el deber de información exigible a la AFP; que respecto a la carga de la prueba disiente de lo considerado en la sentencia de primera instancia, dado que para la época del traslado se le brindó al actor la información, tal como él lo manifestó en el interrogatorio de parte y quedó constancia en el formulario de afiliación, es decir, que la AFP cumplió con la carga de la prueba de haber brindado la información exigible para esa época; que debe tenerse en cuenta que el afiliado al momento de brindarle la información podía hacer preguntas al asesor, o incluso no firmar el formulario de afiliación; que las condiciones laborales del demandante han variado desde que se efectuó el traslado, razón por la que el regreso al régimen de prima media con prestación definida solo está motivado por el monto en su pensión de vejez, y no porque se haya presentado falta de información; que los gastos de administración no son parte integrante de la pensión; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero del año 2020; que los gastos de administración no son valores que le correspondan al afiliado; que respecto a las sumas de la aseguradora tampoco hay lugar a su traslado, pues fueron transferidos a un tercero, y en todo caso el actor tuvo cobertura para los riesgos asegurados; que los gastos de administración son prescriptibles.

7. 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 tuvo en cuenta que el traslado de régimen reviste de completa validez, además que para la fecha del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; igualmente que la inconformidad de la parte demandante no tiene que ver con la validez de la afiliación sino con el monto de su mesada pensional; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, no se ordene devolver gastos de administración y/o sumas provisionales, pues estas últimas se han girado a un tercero de la cual está obligado a girar; que los gastos de administración tienen una destinación específica y se descuentan por disposición legal; que resulta improcedente la devolución de los conceptos de gastos de administración y sumas de la aseguradora, en virtud del concepto emanado de la Superintendencia Financiera; finalmente, que no debe condenarse en costas.

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 y es profesional; que no se tiene en cuenta la descapitalización del sistema pensional; que no obra prueba del perjuicio ocasionado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. 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 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 NESTOR RAUL MONTOKYA ORDOÑEZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 10 de mayo de 1979, con cotizaciones hasta el 31 de enero de 2004, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 15); que posteriormente el 02 de diciembre de 2003 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de febrero de 2004, donde actualmente se encuentra afiliado, conforme el formulario de afiliación (Fol. 20), reporte del SIAFP (Fol. 90) y la historia laboral de cotizaciones (fol. 91 a 102).

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 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 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 específica 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, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 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 Porvenir 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 adocinado 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 el a quo no relacionó de manera expresa las **comisiones** en la parte considerativa 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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de 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,

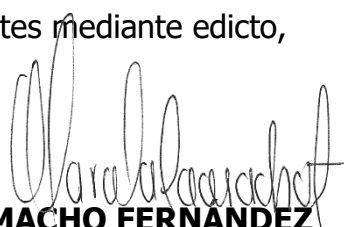
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 13 de abril del 2021, por el Juzgado 26 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 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. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

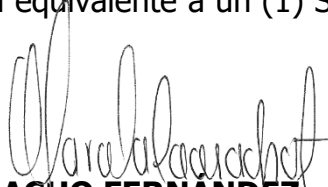


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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., 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: MARIA CRISTINA VARGAS QUIÑONES
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y UGPP.
RADICACIÓN: 1100131050-15-2018-00554-01
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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. MARIA CRISTINA VARGAS QUIÑONES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES -UGPP, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que la demandante continúa válidamente afiliada al RMPMD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Colfondos 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, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectuó su traslado. Así mismo, que se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de la AFP Colfondos. Igualmente que se condene a Colfondos S.A. a reconocer la sanción de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993. 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 prestó sus servicios en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos afiliada al régimen de prima media con prestación definida; que para el 19 de septiembre de 1997 suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A.; que COLFONDOS S.A. no le informó sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, siendo inducida en error; que el ISS nunca procuró darle información; que la ilegal permanencia en el RAIS genera la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 a cargo de COLFONDOS S.A.; que el 28 de abril de 2018 presentó solicitud de desvinculación en COLFONDOS S.A., pero le fue negada a través de oficio del 24 de mayo de 2018; que el 4 de abril de 2018 solicitó afiliación ante COLPENSIONES, pero esta guardó silencio (fol. 2 a 15).

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 AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que con tal entidad no fue con quien se realizó el traslado de régimen, sino con Horizonte, aunado a que COLFONDOS S.A. para cuando la actora decidió trasladarse sí brindó la asesoría integral y completa respecto a las implicaciones del traslado; que la actora de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación; que no existió presión ni engaño en el traslado; que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica, y se ratificó con la permanencia de la actora en el RAIS por más de 21 años; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra en la prohibición legal para retornar al ISS; que se opone al traslado de los gastos de administración y comisiones, ya que son descuentos realizados por disposición legal. Propone como excepciones de fondo 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 de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligaciones a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fols. 46 a 75).

3.2 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la actora antes del traslado de régimen venía afiliada a FONDEPRECON, y luego a partir de 1994 se trasladó de manera libre y voluntaria al RAIS, firmando el formulario de afiliación en COLFONDOS S.A.; que la actora no se encontraba afiliada a COLPENSIONES. Propuso como excepciones, la previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, y las de mérito, de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y declaratoria de otras excepciones (fols. 78 a 85).

3.3 Contestación AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que son pedimentos que no se encuentran dirigidos contra tal entidad, y en todo caso ha de tenerse en cuenta que la afiliación de la parte actora al RAIS fue producto de una decisión libre de presiones y engaños, además que se le garantizó el derecho al retracto. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fol. 138 a 160).

3.4 Contestación de UGPP. Dio contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en la demanda, indicando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, sin que haya probado error, fuerza o dolo en la afiliación, con lo cual no es posible declarar la existencia de error en vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, prescripción, falta de requisito de procedibilidad, y buena fe (fol. 168 a 178 y 194 a 200).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Colfondos a trasladar a COLPENSIONES los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar

los ajustes en la historia pensional de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas, y se abstuvo de imponer costas.

La decisión del Juez se basó en que no existe prueba documental o testimonial que de fe que para el momento del traslado se brindó información, clara, completa y comprensible por parte de PORVENIR S.A. en el año de 1997; que el traslado horizontal realizado a COLFONDOS S.A., no convalida la irregularidad presentada en el traslado inicial. Que ante la supresión de FONDEPRECON, debe tenerse en cuenta que en el régimen de seguridad social en pensiones solo existe Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, por lo que debe ordenarse el regreso de la actora a Colpensiones.

En ese orden, manifestó que aplicando la línea jurisprudencial de la Corte sobre la materia, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación o traslado efectuada por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora Horizonte, hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior ordenar a COLFONDOS S.A., fondo donde actualmente se encuentra afiliada para que traslade los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora con destino al régimen de prima media con prestación definida.

En lo que tiene que ver con la pretensión relacionada con que se imponga una sanción a los fondos conforme al artículo 271 de la ley 100, ello no es competencia del operador judicial, sino de la autoridad administrativa.

Que no hay lugar a aplicar la prescripción por tratarse de asuntos íntimamente relacionados con un derecho pensional que es imprescriptible e irrenunciable.

5. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes presentó recurso de alzada, por lo que se envió el expediente para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo a las previsiones del artículo 69 del CPT y de la SS., se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES por haber sido adversa la decisión de primera instancia a sus intereses.

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 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 la señora MARIA CRISTINA VARGAS QUIÑONES, cotizó a FONPRECON cotizando a CAJANAL hasta el 15 de octubre de 1997, fecha en la que se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (fol. 76); que el 26 de noviembre de 1999 se afilió a la AFP COLFONDOS S.A. como se evidencia el formulario de afiliación (fol. 94), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP Porvenir y Colfondos, AFP, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente 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 a la señora **MARÍA CRISTINA VARGAS QUIÑONES** 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 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 específica 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 AFP sí estaban 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.

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, debe señalarse que en eventos donde se vincula al proceso a la UGPP, tal devolución no se encuentra en su cabeza, 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, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de 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 (SL2817 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 el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º 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 el 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 promotor de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 46 años de edad, por haber nacido el 22 de noviembre de 1962, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí 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, 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-).

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adocinado 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 PORVENIR S.A. en el año 1997, 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 comprensible 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 15 de octubre de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, 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.

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 adocinado 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 COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a PORVENIR S.A. como primera AFP donde se vinculó la actora, asimismo, se dejó por fuera de la condena de manera expresa los conceptos de gastos de administración y las comisiones, y por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutive estos conceptos.

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 no se impondrá costas por haberse revisado la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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,

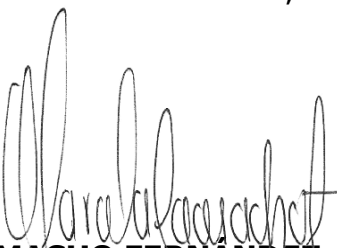
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 25 de mayo del 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los **gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, 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.

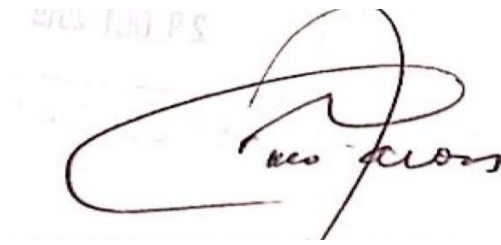
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains the text 'MIL 1387 P.S.' and some illegible text below it.

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: **SIMÓN QUIMBAYA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-019-2017-00520-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADAS**
TEMA: **CÁLCULO ACTUARIAL Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. HENRY DARIO MACHADO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor SIMON QUIMBAYA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990. En ese orden, que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez desde el 12 de enero de 2012, las mesadas adicionales, los reajustes anuales, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 22 de septiembre de 1942; que para el 01 de abril de 1994 contaba con 52 años cumplidos; que mediante resolución 019272 de junio de 2005 el ISS le negó la pensión de vejez por solo acreditar 344 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años; que el 16 de noviembre de 2005 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional, pero le fue negada a través de resolución GNR 025016 del 22 de julio de 2011; que laboró para el empleador CIMELEC-CABRERA, quien lo había afiliado al ISS desde el año de 1997, pero después del 25 de julio de 2001 se reporta que solo le hizo cotizaciones en salud, a pesar de descontarle del salario los correspondientes aportes para pensión; que en total son 140.32 semanas que no se reportan en la historia laboral con el empleador CIMELEC-CABRERA; que el 3 de marzo de 2011

solicitó al empleador CIMELEC-CABRERA realizara el pago de los aportes para pensión ante el ISS; que el 25 de abril de 2011 petitionó al ISS que iniciara el cobro coactivo contra el empleador CIMELEC-CABRERA; que el 17 de enero de 2012 nuevamente elevó solicitud pensional, pero a la presentación de la demanda no ha sido respondida por COLPENSIONES; que el 29 de agosto de 2014 solicitó ante COLPENSIONES la revisión de las anomalías de su historia laboral de cotizaciones, pero no la ha sido respondida; que cuenta con 1.109,29 semanas en toda su vida laboral (Fols. 2 a 23)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 43); 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 si bien el actor acredita el requisito de la edad, no acredita la densidad de semanas, ya que solo cuenta con un aproximado de 693.58 semanas cotizadas, aunado a lo anterior, a la entrada en vigencia el acto legislativo 01 de 2005 solo contaba con 725.9 semanas, por lo que no pudo extender el régimen de transición hasta diciembre de 2014; que respecto al periodo reclamado con CIMELEC CABRERA no es procedente realizar el cálculo actuarial en la medida en que nunca se presentó afiliación, y tampoco se acredita la existencia del vínculo laboral con dicha empresa. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de interés moratorio del artículo 141 de la ley 100 de 1993, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica (Fols. 44 a 55)

CONSORCIO CIMELEC CABRERA LTDA.: Contestó la demanda a través de Curador Ad-litem, quien manifestó que se atiene a lo que defina el juez. Como excepciones de mérito postuló la de prescripción (Fols. 151 a 159).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$ 737.717, a partir del 01 de octubre de 2017, junto con las mesadas adicionales, y los reajustes legales anuales; condenó al CONSORCIO CIMELEC CABRERA LTDA al reconocimiento y pago del cálculo actuarial de que trata el artículo 32 del Decreto 3041 de 1967, por los aportes no realizados entre el 15 de mayo de 2002 hasta el 02 de enero de 2005, ello de conformidad con la liquidación que haga COLPENSIONES; gravó en costas procesales al CONSORCIO CIMELEC CABRERA LTDA (fls. 176 a 178, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que inicialmente el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años de edad al 01 de abril de 1994, siéndole aplicable el Decreto 758 de 1990, cuya edad mínima exigida la cumplió el 22 de septiembre de 2002, data para la cual acredita 721.41 semanas en toda su vida laboral, de las que 290.41 son en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima; que para optar por el derecho pensional con posterioridad al año 2010 hasta el año 2014, debe acreditar el cumplimiento de las 750 del Acto legislativo 01 de 2005, el cual, con el cotejo de la historia laboral no acredita, ya que sigue teniendo las 721.41 semanas; no obstante, a folio 27 obra certificación laboral con la sociedad CIMELEC CABRERA LTDA en la que se refleja un

vínculo laboral del 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005, lo que corresponde a 137 semanas, que sumadas a las 721.41, arroja 858.41, con lo cual le permite seguir conservando el régimen de transición hasta el año 2014.

Que al 31 de diciembre de 2014 contaba con más de 1.000 semanas cotizadas, pero como se observan cotizaciones hasta septiembre de 2017, procedió a reconocer la pensión a partir del 01 de octubre de 2017, en cuantía de un SMLMV en razón a que resultaba infructuoso hacer el cálculo del IBL por haberse realizado las cotizaciones sobre una base del SMLMV y en algunos lapso de manera superior, pero no significativa.

Ordenó a CIMELEC CABRERA LTDA que responda por el cálculo actuarial por el lapso que no se realizaron aportes pensionales al demandante, a entera satisfacción de COLPENSIONES, sin que quede condicionado el disfrute pensional a la cancelación del citado calculo, ello en virtud a que el demandante cuenta con 79 años de edad.

En relación con los intereses moratorios impartió absolución en razón a que el reconocimiento pensional se dio por aplicación jurisprudencial en lo que hace referencia a la mora o no pago de cotizaciones por un empleador, ya que de lo contrario no cumplía con el mínimo de semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y ante la negativa de los intereses se ordena la indexación como componente resarcitorio de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Declaró no probada la prescripción, en la medida en que el disfrute pensional fue desde octubre de 2017, y es ese mismo año se interpuso la demanda. Finalmente solo impartió condena en costas a CIMELEC CABRERA LTDA.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

5.1. COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la sentencia, argumentando que no se puede tener en cuenta para efectos de cotizaciones el periodo del 15 de mayo de 2002 hasta el 02 de enero de 2005, toda vez que no se logra demostrar la relación laboral, y resulta insuficiente solo tener en cuenta la certificación aportada al proceso, pues no está firmada por el representante legal sino por un residente de obra, igualmente que en la certificación se enuncia un contrato pero el mismo no fue aportado al proceso; que en la historia laboral no se refleja afiliación por parte de CIMELEC CABRERA LTDA, y por lo tanto, no se pueden tener en cuenta esos periodos, y tampoco se acredita la mora, ello en vista de que COLPENSIONES no conocía de esa relación laboral. En definitiva solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda.

5.2. DEMANDANTE.: No está de acuerdo en lo relacionado con la absolución de intereses moratorios, ya que el ISS como COLPENSIONES tuvieron conocimiento de la mora patronal porque el demandante en múltiples oportunidades se los dio a conocer, solicitando en su respectivo momento que se iniciaran con los trámites para accionar al empleador sobre la mora patronal; sin embargo, hicieron caso omiso de las solicitudes y nunca le contestaron al demandante.

6. Alegatos de conclusión. COLPENSIONES, presentó alegatos, solicitando la revocatoria de la condena, ya que el actor no logró acreditar las 1.000 antes del 31 de diciembre de 2014, ya que solo contaba con 950.54; que frente a la relación

laboral con CIMELEC- CABRERA se presenta una falta de legitimación en la causa, además la certificación laboral no es prueba suficiente para que se constate el vínculo laboral; que no puede cargarse el periodo que aduce laboró con CIMELEC- CABRERA, ya que no existe vinculación al sistema general de pensiones.

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, así como también se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable a COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿CIMELEC CABRERA LTDA debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a COLPENSIONES por el tiempo laborado por el actor entre el 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005? ii) ¿COLPENSIONES está obligada a recibir el cálculo actuarial o título pensional? iii) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición y conforme a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990?, y de ser así iv) ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

AFILIACIÓN – MORA PATRONAL y CÁLCULO ACTUARIAL.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: que mediante resolución No 019272 del 29 de junio de 2005 el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le negó la pensión de vejez al actor por no acreditar la densidad de semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990 (Fol. 25); que solicitó nuevamente la pensión de vejez, pero le fue negada mediante resolución No 025016 del 22 de julio de 2011 bajo el argumento de que no alcanza a acreditar el mínimo de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 (Fol. 30); que conforme la historia laboral de cotizaciones emitida por COLPENSIONES registra un total de 1.152,14 semanas en toda su vida laboral desde el 27 de octubre de 1967 hasta el 30 de septiembre de 2017 (Fols. 56 a 59), siendo el punto total de discusión la acreditación para efectos pensionales del lapso comprendido entre el 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005, pues mientras la cognoscente de instancia consideró que aquel lapso de tiempo debe computarse, con el cual logra acreditar los requisitos pensionales de que trata el Acuerdo 049 de 1990; COLPENSIONES insiste en que no puede tenerse en cuenta por no encontrar acreditado con suficiencia la relación laboral.

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que son dos cuestiones distintas, la mora en el pago de los aportes con la falta de afiliación, ya que la primera está precedida de la afiliación al sistema, pero el obligado a efectuar las cotizaciones omite su deber en realizar tales aportaciones, mientras que en el segundo evento se presenta cuando el empleador no comunica el ingreso al sistema del trabajador. Aspectos trascendentales en lo que tiene que ver con la responsabilidad del fondo de pensiones, ya que en el primer evento está en la obligación de ejercer las acciones coactivas para perseguir el pago de los aportes al empleador moroso, en tanto que en la segunda no se endilga tal obligación, ya que debe mediar *"el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud*

del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral” (SL837-2020).

Ab initio, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que el empleador CIMELEC CABRERA LTDA debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencias la de radicado SL15511 de 2017, porque cuando por el tiempo reclamado por falta de afiliación no se pueda consolidar el derecho pensional, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES y, a su vez, esta última, tener en cuenta el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento pensional.

Nótese que en el sub examine el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005 (137 semanas), es esencial para consolidar el derecho pensional, y en efecto deben tenerse en cuenta para efectos pensionales por COLPENSIONES, por las siguientes razones.

Lo primero es que en la historia laboral de cotizaciones aportada por el demandante (Fol. 37), como por COLPENSIONES (Fol. 56) no se evidencia que el empleador CIMELEC CABRERA LTDA lo haya afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, pues la última cotización anterior al 15 de mayo de 2002 fue con el empleador “CONSORCIO EDUARDO CA” hasta el 30 de noviembre de 2001, reportándose la correspondiente novedad de retiro en ese mismo ciclo, y de allí solo se vuelven a reportar cotizaciones en el periodo de abril de 2007 con el empleador “CONSORCIO ALCANTARRILADO DE LA ESTA” (Fol. 58), lo que conduce a la Sala a precisar que no nos encontramos frente a un evento de mora patronal como lo entiende el apoderado judicial del demandante, sino ante la falta de afiliación al sistema general de pensiones, y en ese sentido, cuando se presentan estos eventos ha delineado la jurisprudencia de nuestro máximo órgano en materia laboral que se requiere por parte del trabajador *“acreditar o al menos aportar una inferencia plausible respecto a que el vínculo laboral subsistió en el citado interregno”* (CSJ SL1355-2019 y CSJ SL3160-2019), y que una vez acreditada tal situación, *“se debe incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del cálculo actuarial representado por un bono o título pensional”* (SL837-2020).

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia SU182-2019 estableció entre otros eventos, que pueden existir casos en los cuales se requiere que el trabajador demuestre a través de pruebas documentales u otros medios probatorios supletivos la existencia de la relación laboral, ello con miras a evitar fraude al sistema pensional o adquirir el reconocimiento de una prestación económica sin el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos.

En ese sentido, considera la Sala que el actor si logró acreditar que le prestó servicios a la sociedad CIMELEC CABRERA LTDA, entidad por demás vinculada al proceso como es exigible en estos eventos (SL1506-2021), y al contrario de lo expuesto en la alzada por COLPENSIONES, de la certificación aportada a folio 27 logra desprenderse que el demandante laboró en el interregno de tiempo del 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005 como Conductor de Volqueta, lapso que se corrobora con la documental de folio 33 a 35, en la que se reportan los aportes para el sistema general de salud a la EPS CAFESALUD desde el mes de mayo de 2001 hasta el mes de febrero de 2005, y en la que figura como aportante el Consorcio Cimelec LTDA con NIT

830077257, y en ese orden, aprecia la Judicatura que en efecto la tesis expuesta por la parte demandante de que el empleador solo le hizo cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, y no al sistema general de pensiones, sale a flote, debiéndose despachar de manera desfavorable la alzada propuesta por COLPENSIONES.

Ahora bien, 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, situación que lleva a la Sala a darle total credibilidad y certeza a la documental de folio 27, no solo por su contenido explícito, sino también porque logra corroborarse con la información de CAFESALUD EPS donde por el mismo interregno de tiempo se efectuaron cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, sin que logre desvirtuarse tal prestación del servicio con la afirmación genérica y sin sustento probatorio elevada por COLPENSIONES al exigir que tal certificación debe estar firmada por el representante legal y no por un residente de obra, pues ello puede haber acontecido porque una de las funciones del residente de obra es precisamente certificar los tiempos laborados de quienes le prestan servicios a CIMELEC LTDA, aspecto que denota la falta de solidez por parte de COLPENSIONES para desvirtuar la información contenida en el certificación laboral de folio 27.

En efecto, no fue equivocada la decisión de la cognoscente de instancia en impartir condena por cálculo actuarial a cargo de CIMELEC LTDA.

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta el periodo de tiempo laborado en CIMELEC LTDA que no fue cotizado por falta de afiliación al ISS, esto es, el tiempo de servicios prestados del 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005, que corresponden a 137 semanas, que sumadas a las 721.41 semanas (29 de julio de 2005) que acredita en COLPENSIONES, arrojaría un total de 858.41 semanas al 29 de julio de 2005.

Pensión de vejez y régimen de transición

Acto seguido y en consonancia con las pretensiones incoadas procede la Sala al estudio del reconocimiento pensional, para lo cual es menester recabar que para el 1 de abril de 1994 tenía 40 años de edad, por haber nacido el 22 de septiembre de 1952 (fl. 24), razón por la cual debe estudiarse su derecho a las luz de tales prerrogativas, establecidas como se sabe en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en su caso puntual en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, por cuanto antes de 1994 venía cotizando en el sector privado.

En lo relacionado con la conservación del régimen de transición tras la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, debe decirse que, en efecto, al 29 de julio de 2005 el actor contaba con 858.41 semanas, es decir, una densidad cotizacional superior a las 750 semanas que exige el mentado Acto Legislativo, y por ello, siguió

conservando la transición hasta el año 2014, precisándose que solo con el tiempo de servicios que se reconoce a través del cálculo actuarial sigue conservando el beneficio de la transición, pues omitiendo tal periodo solo alcanza 721.41 semanas, lo que constituye una razón más para prohiar acertada la decisión de instancia respecto a la condena al empleador al reconocimiento del cálculo actuarial.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como requisitos para optar por la pensión de vejez, el cumplimiento de 60 años de edad en el caso de los hombres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Respecto al cumplimiento de la edad, nótese que de conformidad con la cedula de ciudadanía visible a folio 24, el actor arribó a los 60 años de edad el 22 de septiembre de 2002 por haber nacido el mismo día y mes del año 1942, y según la historia laboral que obra en el expediente (Fols. 56 a 57), sumada a las semanas del cálculo actuarial, aquel cuenta con 424.57 en los últimos 20 años, y más de 1.000 semanas de cotización en toda su vida laboral calculadas solo hasta el 30 de enero de 2012 (sumando las 137 semanas del cálculo actuarial), por lo que no cabe duda del derecho que le asiste, pues cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1996, esto las 1.000 en toda su vida laboral.

Respecto del ingreso base de liquidación, resulta vano hacer alguna disquisición al respecto, pues el juez primigenio determinó que su reconocimiento es en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, aspecto que deberá confirmarse en la medida en que no fue objeto de apelación por el demandante y en todo caso se aviene a los postulados del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la pensión otorgada no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto al 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 se pueda entrar a su disfrute.

La historia laboral de cotizaciones de la parte actora (fols. 56 a 59) da cuenta de que el periodo de septiembre de 2017 fue su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual, el disfrute pensional corresponde al 01 de octubre de 2017, como lo señaló la a quo, y no fue objeto tampoco de disenso por la parte actora, por lo que se mantendrá incólume.

Frente a la excepción de prescripción, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 01 de octubre de 2017, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que la demanda se presentó incluso antes, esto es, el 11 de agosto de 2017 (fol. 1), no corrió más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., y por ende, no hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo, como a bien lo determinó la a quo.

Así las cosas, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, debiendo determinar la Sala modificar este aspecto en la presente la decisión. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 01 de octubre de 2017 y el 31 de julio de 2021, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$41.643.643**. A partir del 01 de agosto de 2021, COLPENSIONES reconocerá una

mesada pensional de **\$908.526**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará 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 (977.47 semanas).

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2017	4,09%	4	\$ 737.717	\$ 2.950.868
2018	3,18%	13	\$ 781.242	\$ 10.156.146
2019	3,80%	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020	1,61%	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
2021		7	\$ 908.526	\$ 6.359.682
			TOTAL	\$ 41.643.643

Se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto autorizó a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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 resulta ***“aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal”***.

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.

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 9º 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, el apoderado judicial de la parte demandante esgrime que debe ordenarse el reconocimiento de intereses moratorios por cuanto la entidad de seguridad social tenía conocimiento de la mora, pues el actor había elevado reclamaciones en tal sentido; no obstante, remitiéndonos al inicio de esta providencia se enunció que no es equiparable la mora patronal con la falta de afiliación, y en ese orden, si bien es cierto la parte demandante elevó sendas reclamaciones desde el año 2011 (Fol. 79), ello no habilitaba a la entidad de seguridad social su obligación de perseguir por cobro coactivo ante CIMELEC LTDA, ya que para la constitución en mora se requiere indefectiblemente la afiliación, luego, lo procedente para tener en cuenta el periodo del 15 de mayo de 2002 hasta el 22 de enero de 2005 era que el mismo empleador de manera voluntaria hubiere acudido al ISS, hoy COLPENSIONES a reconocer y pagar el cálculo actuarial, o en su defecto siendo vinculado a través del proceso judicial donde se declare su obligación, último evento que se predica a través del presente proceso, y por lo tanto, la negativa en el reconocimiento pensional que en su momento efectuó el ISS, hoy COLPENSIONES tenía respaldo normativo, esto es, no contaba con la densidad mínima de semanas, falencia que logra suplirse con el cálculo actuarial que aquí se ordena.

Indexación

Se impartirá condena por indexación, 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 retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación 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.

Finalmente, en lo atinente a que el reconocimiento pensional quede supeditado al pago del cálculo actuarial por parte del empleador, importa acotar por la Sala que,

si bien en aplicación a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, literal e): *"En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional"*, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 2º 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 el empleador reconozca el cálculo actuarial, 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 una vez declarada la obligación a cargo del empleador que debe responder por el cálculo actuarial, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a cargo del empleador, cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES 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 PRIMERO** de la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor SIMON QUIMBAYA la pensión de vejez y la suma de **\$41.643.643**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 01 de octubre de 2017 y el 31 de julio de 2021, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. A partir del 01 de agosto de 2021, COLPENSIONES seguirá reconociendo al 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 COLPENSIONES a realizar los descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.

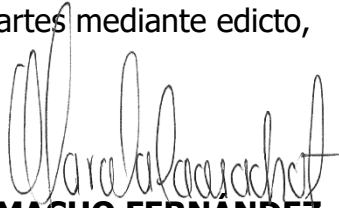
PARÁGRAFO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes

en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

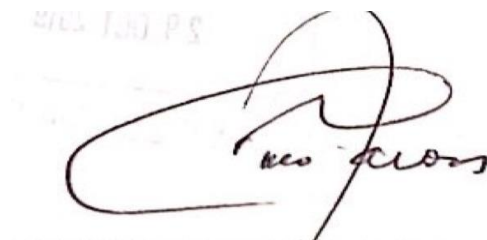
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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 COLPENSIONES 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: FEDERICO ALBERTO MEJÍA MENESES
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-20-2019-00357-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO -
ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Federico Alberto Mejía Meneses instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS, efectuada el 21 de junio de 1994. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al demandante, 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 del ISS a pensiones y cesantías Davivir hoy Protección S.A. el día 21 de junio de 1994. Indicó, que dicha afiliación presentó inconsistencias, toda vez que en el diligenciamiento de la vinculación no se evidencia la firma del empleador y en tal sentido no se cumplen con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostuvo que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgan tanto en el RAIS como en el RPMPD, por manera que no fue asesorado en debida forma (fol. 3 a 8).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 57); 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 el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición consagrada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, literal "e", dado que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, en virtud a lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010. Refirió que el promotor del proceso se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin

presiones el formulario de afiliación. 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 de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (fol. 61 y ss.).

3.2. AFP Protección SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que el acto de afiliación es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Manifestó que la suscripción del formulario de vinculación se realizó de forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. 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 e 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 (fol. 114 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de julio de 2020, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación que hizo el demandante del RPMPD al RAIS efectuado el 21 de junio de 1994. Además, declaró como aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese con destino a Colpensiones. Dispuso el pago de costas procesales a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, en el sentido que el problema jurídico debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad del traslado. Asimismo, 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 haberse brindado la información necesaria a la demandante. Afirmó, que la AFP al momento del traslado tenía el deber de brindar la información suficiente, clara, comprensible y oportuna para que el actor pudiera 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, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que es un tercero en el litigio que no estuvo en ningún momento de la afiliación del demandante. Refirió que aquel nunca se acercó a verificar si la información brindada por el fondo privado era cierta y no realizó gestión alguna para regresar al RPMPD. Además, que hubo más de un traslado dentro de los fondos pensionales y, por lo tanto, lo que buscaba el accionante era la conveniencia.

Adujo que existe una legislación que prevé el término para retornar de régimen, la cual no se da de manera caprichosa, sino para darle sostenibilidad financiera al sistema de seguridad social, además, que al continuar ordenándose este tipo de traslados se está contraviniendo esta normatividad o en caso contrario debe darse aplicación a la misma,

toda vez que el actor se encuentra dentro de esta prohibición legal al solicitar la ineficacia del traslado a una edad próxima a pensionarse.

Así mismo, sostuvo que no puede seguir contribuyendo a las expectativas pensionales que no se tenían en ese momento y además seguir sosteniendo las expectativas de afiliados que sí han venido cotizando al RPMPD. Por último, arguyó que no se logró demostrar la desinformación, un daño y frente a las calidades profesionales del actor, señaló que era profesional y asesor de una AFP y que incluso se están exigiendo obligaciones a los fondos que en su momento no eran obligatorias. Solicitó se levante la sanción en costas a Colpensiones quien no ha vulnerado algún derecho de la parte actora.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Sostuvo que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 21 de junio del año 1994 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, solicitó 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.

6.2. Colpensiones. Indicó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, en el 11 de febrero de 2019 el demandante contaba con 61 años pues nació el 29 de agosto 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. 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) y 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 la demandante 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 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 su favor en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFPs del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima o se

demostrara que se le ocasionó algún daño o perjuicio?; (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) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones? y (viii) ¿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 el Juzgado declaró la nulidad 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 a el 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 Federico Alberto Mejía Meneses cotizó al ISS entre el 1 de junio de 1983 al 30 de junio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 21); mismo que el 21 de junio de 1994 firmó formulario de afiliación con la AFP Davivir hoy AFP Protección S.A. (fol.12); posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos el 10 de septiembre de 1997. Finalmente, se trasladó a la AFP Protección S.A. el 16 de marzo de 1998, de acuerdo a la certificación de Asofondos, entidad que administra actualmente sus cotizaciones. (fol. 158).

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, 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 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 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 PROTECCIÓN SA como acertadamente 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 **Federico Alberto Mejía Meneses** 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 específica 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 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. Siendo claro que no era el accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

Además, el hecho de que el señor Federico Alberto Mejía Meneses fuera profesional (economista), y aunque señala en su interrogatorio de parte que trabajó en el área comercial de la AFP Colfondos, no releva a la AFP privada de su obligación de brindar información al momento del traslado, pues ésta debía brindarse 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.

Finalmente, es necesario precisar a Colpensiones 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 aquella 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 beneficiario 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 beneficiario 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.

Tampoco se exige que el afiliado demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, como equivocadamente lo entiende la apoderada de COLPENSIONES, pues se reitera lo que se debe revisar es si la AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

Para 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 dentro del RAIS se hubiese trasladado a diferentes AFP, ni el transcurso del tiempo, tienen 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 y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

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 SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 2877-2020, CSJ SL 4811-2020 y CSJ SL 373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. (CSJ SL 2208-2021).

Teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido.

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 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-)

Costas a cargo de Colpensiones

Finalmente, respecto a la solicitud de absolver en costas a Colpensiones, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una orden en su contra, por lo que acertó el a quo al imponer costas en primera 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 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 esta instancia a cargo de Colpensiones. 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: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 7 de julio del 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP Protección S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Federico Alberto Mejía Meneses 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: CONFIRMAR en todo lo demás.

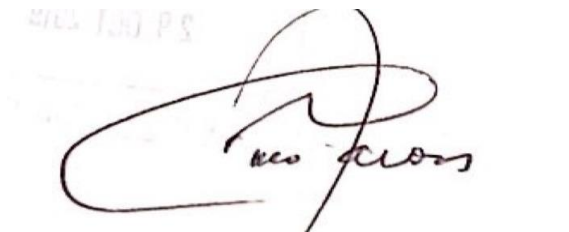
TERCERO: COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de la demandada Colpensiones.

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 DEL PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones en 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: MARÍA DEL AMPARO PÉREZ CORREDOR
Demandado: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
Radicación: 1100131050-34-2019-00542-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO – MODIFICA PARCIALMENTE

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS, 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 del Amparo Pérez Corredor instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. En consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Colfondos SA traslade los aportes, rendimientos y semanas cotizadas (sin incluir dentro de dicho traslado los gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación) a Colpensiones, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS, y a esta última aceptar el traslado de la actora al RPMPD; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 de octubre de 1959 y actualmente cuenta con 60 años de edad; que se vinculó con el empleador Obra Social San Mati el 3 de marzo de 1980, efectuando aportes al ISS, y posteriormente se vinculó el 18 de febrero de 1994 con la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, finalmente se trasladó el 30 de septiembre de 1997 al RAIS administrado por Colfondos S.A. Sostuvo que atendiendo las recomendaciones del ejecutivo de cuenta y sin que mediara asesoría, se trasladó al RAIS, convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional. Manifestó que antes de cumplir los 47 años no recibió por parte de AFP Colfondos S.A. una asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPMPD, por lo que no fue asesorada en debida forma. (fol. 39 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 91); 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 dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFPs, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Indicó que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante y, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 e innominada o genérica (fol. 98 y ss.).

3.2. AFP Colfondos SA. Contestó la demanda allanándose a todas y cada una de las pretensiones de conformidad con el artículo 98 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPT y SS (fol. 122).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril de 2021, en el que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS, efectuado el 30 de septiembre de 1997 a través de la afiliación con la AFP Colfondos S.A. Por ende, declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a que transfiera al RPMPD todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Colfondos S.A., y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

La decisión del Juez se basó en que la información debe brindarse de forma completa y constar no solo en la afiliación, sino, también durante el proceso de traslado, como de los beneficios o inconvenientes del mismo. Señaló 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. Afirmó, 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, en tanto que no se trataba de firmar un formato preimpreso, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

Por otro lado, dijo que la AFP Colfondos al allanarse a las pretensiones de la demanda, se entiende que faltó al deber de información que le asistía en su momento con la gestora del proceso, hecho que se ratificó con el interrogatorio de la demandante, independientemente del cargo que ostentaba. Por último, apuntó que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que se presenta una descapitalización en el sistema financiero, en contravía al artículo 48 de la Constitución Política que establece el principio de la sostenibilidad financiera. Sostuvo que estos fallos menoscaban los derechos a las personas que han venido cotizando al sistema, en la medida que se permite que personas basadas en un acto conveniente puedan trasladarse en cualquier momento a pesar de existir una prohibición legal. Indicó, que Colpensiones administra el erario, además que la forma en que se manejan los recursos entre los dos sistemas es diferente y si bien se ordenó la devolución de las cuotas de administración se están menoscabando los recursos públicos.

Finalmente, señaló que la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al ISS, en el momento de trasladarse de CAJANAL a la AFP Colfondos, quien no lo hizo y ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, al estar afiliada por más de 20 años.

5.2 Recurso de apelación AFP Colfondos. Interpuso recurso de apelación contra el numeral 3° en cuanto a la devolución de gastos de administración y comisiones sin descuento alguno. Manifestó que dicha devolución está en contravía legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se generan con ocasión a las buenas gestiones del fondo. Esgrimió, que se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y de la actora, de conformidad con la sentencia T-219 de 1995. Por último, adujo que se desconocen las restituciones mutuas, afectando así el patrimonio de Colfondos SA.

6. Alegatos de Conclusión por Colpensiones. En su escrito indicó que se debe tener en cuenta que no se está frente a un contrato nulo, pues la demandante escogió de manera libre, y voluntaria el régimen el cual quería estar afiliado. Sostuvo que aquella se encuentra dentro de la prohibición legal del art 36 de la ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión, además, que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia.

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) ¿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 sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿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 aunque el Juzgado declaró la nulidad por falta de información del traslado al RAIS que efectuó la

actora, sin embargo, es del caso anotar que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no sobre la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem; 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.

Así las cosas, se modificará en tal sentido la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora María del Amparo Pérez Corredor cotizó al ISS entre el 3 de marzo de 1980 al 23 de febrero de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 4); además, que el 18 de febrero de 1994 se realizaron cotizaciones a CAJANAL de acuerdo con la certificación laboral expedida por la Aeronáutica civil (fol. 8). Finalmente, se trasladó a la AFP Colfondos SA el 30 de septiembre de 1997, visible en el formulario de afiliación (fol. 11), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de aquella.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP Colfondos S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- 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 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 Colfondos como acertadamente 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 a la señora **María del Amparo Pérez Corredor** 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

preimpresión 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 específica 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 sí estaba en la obligación de proporcionar a la aquí demandante 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, 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 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 y que la demandante no presentó alguna queja o reclamo a lo largo de su afiliación, conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora María del Amparo Pérez Corredor 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, la afiliada 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 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 adocinado, 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 Colfondos SA, 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; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, 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 fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado 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 efectuó 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 la misma 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 del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado 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 el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º 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 el 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 49 años de edad, por haber nacido el 23 de octubre de 1959, 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, 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 COLFONDOS SA y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de abril del 2021 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

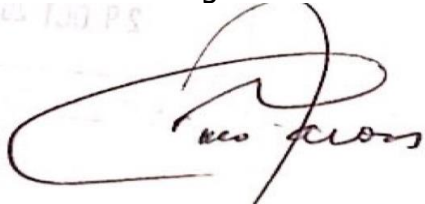
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS 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 COLPENSIONES y COLFONDOS SA, 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: MILDRET REBECA ESPELETA DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-13-2018-00557-02
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Mildret Rebeca Espeleta Díaz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos SA con el propósito de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS y todas las afiliaciones posteriores que efectuó en el RAIS y, por ende, se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Porvenir SA registre en el sistema de información de los fondos que la afiliación al RAIS estuvo viciada de nulidad y/o es ineficaz. Igualmente, que traslade la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración a Colpensiones y a esta última a activar la afiliación en pensión de la actora; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 22 de febrero de 1963 y estuvo afiliada al ISS a partir del 7 de diciembre de 1981 hasta el 31 de mayo de 2000 de manera interrumpida. Indicó que se trasladó a la AFP Colfondos en el mes de abril de 2000, que dicho fondo no le informó la naturaleza y las características del RAIS, tampoco le brindó la información clara y precisa sobre las implicaciones de la afiliación, por manera que no fue asesorada en debida forma. Finalmente, se afilió a la AFP Porvenir SA en el mes de diciembre de 2000 (fol. 3 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 95); 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 actora actualmente se encuentra válidamente afiliada al RAIS administrado por Porvenir SA. Además, que no se aportó prueba alguna al proceso que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado por algún vicio del consentimiento, en tal sentido, se presume que dicha afiliación se encuentra investida de plena validez y legalidad. Refirió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fol. 103 y ss.).

3.2. AFP Colfondos SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que el traslado de fondo obedeció al ejercicio de su autonomía, toda vez que el mismo fue una decisión libre y espontánea, informada y sin presiones. Indicó que la AFP capacita a sus asesores comerciales de manera profesional, con el fin de que puedan transmitir la información completa y suficiente de manera oportuna, sobre las características y productos que ofrece el sistema general de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fol. 137 y ss.).

3.3. AFP Porvenir SA. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la afiliación tiene plena validez toda vez que no se configuró vicio en el consentimiento, adujo que la actora de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios (error, fuerza o dolo), suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber firmado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna asesor. 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. 155 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio de 2021, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS efectuado el 6 de abril de 2000 y por ende el que realizó con posterioridad y en esa medida se debe encuentra válidamente vinculada al RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. Dispuso el pago de costas procesales a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en 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 que brindó la información necesaria a la actora. Afirmó, 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, en tanto que no se trataba de firmar un formato, sino, ofrecer elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación AFP Porvenir SA. Interpuso recurso de apelación en relación a la devolución de los gastos de administración junto con los rendimientos. Sostuvo que, al no haber pertenecido al RAIS, dichos ejercicios financieros no deben proceder, de conformidad con el artículo 1746 del CC sobre las restituciones mutuas, y que de esta manera se genera un enriquecimiento sin causa. Manifestó que las consecuencias de las figuras de ineficacia, nulidad e inexistencia son totalmente diferentes como se señala en la sentencia C-345 del 2017. Indicó que la CSJ hace una interpretación extensiva del artículo 271 de la Ley 100 sobre el deber de información, norma que no estableció que dicha omisión del deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia del sentido estricto.

En lo relativo a los gastos de administración, refirió que lo conforman los seguros previsionales, los seguros a los fondos y las comisiones de administración, obligaciones de tracto sucesivo, las cuales con base a la doctrina y a la jurisprudencia no son susceptibles de restitución, además, que no se probó la mala fe del fondo privado. Finalmente, señaló que dichos descuentos son prescriptibles al no estar destinados a financiar el reconocimiento de la pensión.

5.2. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación parcial manifestando que la condena de la devolución de los gastos de administración no solo recae ante la AFP Porvenir, sino que también debe condenarse la AFP Colfondos SA, a la devolución de dichos dineros, toda vez que durante su vinculación la AFP efectuó una serie de cobros a su favor. Indicó que al declararse la ineficacia las cosas se deben retrotraerse a su estado inicial, y que, por ende, dichas sumas de dinero deben devolverse por parte de todas las AFPs vinculadas al proceso a favor de Colpensiones.

6.1. Alegatos de Conclusión.

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP COLFONDOS 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, suministró 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.

6.2. AFP Porvenir SA. Argumentó 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 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) ¿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 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 Mildret Rebeca Espeleta Díaz cotizó al ISS entre el 07 de diciembre de 1981 al 31 de mayo de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 22); misma que el 6 de abril de 2000 firmó el formulario de afiliación con la AFP Colfondos. (fol. 26), y posteriormente el 6 de diciembre de 2001 suscribió la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A., tal como aparece en el formulario de vinculación (fol. 27), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFPs Porvenir S.A. y Colfondos S.A, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

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 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 AFPs PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN SA como acertadamente 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 a la señora **Mildret Rebeca Espeleta Díaz** 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 específica 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 sí estaba en la obligación de proporcionar a la aquí demandante 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.

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 adocinado 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 el apoderado de la AFP Porvenir SA, 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 y en el recurso de apelación presentado por Colpensiones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, de acuerdo con lo manifestado por la AFP Porvenir, tampoco puede 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 fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado 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 efectuó 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.

Teniendo en cuenta que en la parte resolutoria del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Colfondos a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado.

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 y COLFONDOS 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: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 16 de junio del 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **ORDENAR** a **COLFONDOS 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.

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 FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

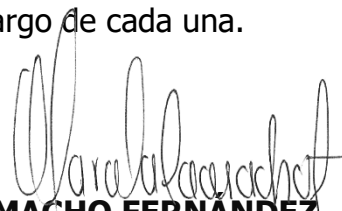


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, 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: MARTHA JEANETH PATIÑO BARRAGÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.- AFP OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-14-2019-00181-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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 Jeaneth Patiño Barragán instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos SA y Old Mutual S.A. con el propósito de que se declare la anulación por ineficacia del traslado al RAIS y se ordene el traslado a Colpensiones. En consecuencia, se dispusiera a su favor que la AFP Old Mutual SA traslade todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro a Colpensiones. Así como ordenar a la AFP Old Mutual en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones, al momento de dictarse sentencia a seguir pagando la misma a la actora hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS a partir del 3 de mayo de 1985. Indicó que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó de régimen pensional, afiliándose a la AFP Colfondos el 25 de agosto de 1997, fondo en el cual solo se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo, para la afiliación sin entregar información completa, veraz, adecuada y cierta respecto de los beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada, por manera que no fue asesorada en debida forma. Manifestó que posteriormente se trasladó a la AFP Old Mutual, fondo en el cual se encuentra actualmente afiliada (fol. 182 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 333); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó

ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. AFP Old Mutual S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la selección de régimen fue libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Señaló que la decisión de cambio de régimen está amparada por la buena fe por parte de los fondos y de la actora, la cual no puede derruirse cuando está ad portas de adquirir su derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fol. 282 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 la afiliación efectuada por la demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Manifestó que los asesores comerciales de Colfondos brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, que se le asesoró acerca de las características y diferencias entre el RAIS y el RPMPD. Propuso como excepciones de fondo 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fol. 314 y ss.).

3.3. Colpensiones. Contestó la demanda señalando que la demandante se encontraba válidamente afiliada al RAIS, cuando suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Igualmente, que no se encontraba inmersa en las causales de prohibición y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 40 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica (fol. 344 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de junio de 2021, 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 Old Mutual S.A. a trasladar al RPMPD, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos intereses, frutos y rendimientos.

Así mismo, ordenó a la AFP Colfondos SA y a la AFP Old Mutual SA reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos gastos de administración. Ordenó a Colpensiones que acepte a la promotora del proceso 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 Colfondos 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 haberse 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.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación AFP Colfondos SA. Interpuso recurso de apelación argumentando que, en el presente proceso, el traslado de régimen de la actora no lo gestionó un asesor de la AFP Colfondos sino lo promovió el área de recursos humanos de su empleador como lo manifestó la demandante en su interrogatorio. Ante tal situación, sostuvo que no le es posible al fondo probar que brindó la información a la demandante, además, indicó que la misma no solicitó que fueran los asesores a brindar ese tipo de información. Finalmente, arguyó que la gestora del proceso firmó el formulario de manera voluntaria y no fue al fondo a solicitar la información o a preguntar sobre su cuenta individual.

5.2. Recurso de apelación AFP Old Mutual S.A. Interpuso recurso de apelación parcial referente a la devolución de gastos de administración de manera indexada. Señaló que la sentencia de primera instancia se aparta de los postulados de orden legal como el Decreto 3925 del 2008 artículo 7º, el cual indica los emolumentos que deben retornar al momento de traslados entre regímenes pensionales, excluyendo el traslado de los gastos de administración. Además, manifestó que, de acuerdo a los conceptos de la Superintendencia Financiera, al decretarse una nulidad o ineficacia no procede la devolución de dichos dineros.

Así mismo, tuvo en consideración el artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual dispone que les corresponde a las administradoras una parte del 3% de cuotas de administración, para sufragar las respectivas pólizas que cubren las contingencias por invalidez o muerte, cobertura que contó la actora desde el año 2007, fecha en la cual se encuentra afiliada a dicho fondo, quien señala que ha cumplido a cabalidad con dichas obligaciones.

Concluyó que al condenarse a la devolución de dichos gastos y de manera indexada se impone una doble sanción por el mismo hecho, además que debe asumir con su propio patrimonio, se están generando unos perjuicios de sostenibilidad financiera al sistema. Además, señaló que la juez de primera instancia superó sus facultades de decisión, toda vez que, en el escrito de la demanda, no se indicó en sus pretensiones una solicitud referente a la indexación y que de esta manera se viola el derecho de defensa y contradicción. Finalmente, manifestó que dichos descuentos son prescriptibles al no estar destinados a financiar el reconocimiento de la pensión.

5.3. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación, manifestando que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante manifestó que sus traslados a las AFP demandadas obedecieron a vinculaciones laborales. Señaló, que frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba debe tenerse presente la sentencia T-422 de 2011, además que

no se demostró que se hubiere presentado algún vicio en el consentimiento al momento del traslado.

Concluye, que la sentencia proferida atenta con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, de conformidad con las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, concluyó que la actora al estar próxima a cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, se vulnera el principio de igualdad de los demás afiliados que se encuentran cotizando en el RPMPD.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que en el momento de la afiliación los representantes de Colfondos S.A. y posteriormente Old Mutual, se limitaron a llenar un formato preestablecido por los mismo y omitieron dar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de 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) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (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 Martha Jeaneth Patiño Barragán cotizó al ISS entre el 03 de mayo de 1985 al 30 de junio de 1986, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 11); misma que el 25 de agosto de 1997 firmó el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (fol. 15). Finalmente, se trasladó a la AFP Skandia S.A. hoy AFP Old Mutual SA el 23 de octubre del 2007 (fol. 22), 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 1997- 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 la AFP Colfondos S.A. y la AFP Old Mutual 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 **Martha Jeaneth Patiño Barragán** 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 que fue la empresa en la que trabajaba para la época del traslado, quien le entregó el formulario de afiliación, sin intervención, ni asesoría de la AFP Colfondos, lo cierto es que contrario a lo esbozado por la apelante, es evidente de tal aseveración que aquella no recibió ninguna asesoría, ni la información necesaria por parte de la AFP Colfondos, al punto que el formulario fue entregado por su empleador sin que se le diera a conocer ningún tipo de información, lo cual, es muestra de una clara desatención de la AFP privada de sus obligaciones al momento 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 específica 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 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.

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 Old Mutual SA, 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; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, 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.

Ahora, ante la evidente devaluación monetaria acertó la falladora de primera instancia al ordenar que los gastos de administración que fueron descontados de los aportes de la demandante se devuelvan a Colpensiones debidamente indexados, en tal sentido no se viola el derecho de defensa y contradicción como lo manifestó en su alzada la AFP Old Mutual.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado 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 efectuó 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. Siendo claro que no era la accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

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 OLD MUTUAL S.A. y AFP COLFONDOS 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 9 de junio del 2021, por el Juzgado Catorce 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, AFP OLD MUTUAL S.A. y AFP COLFONDOS SA. De las de primera, se confirman.

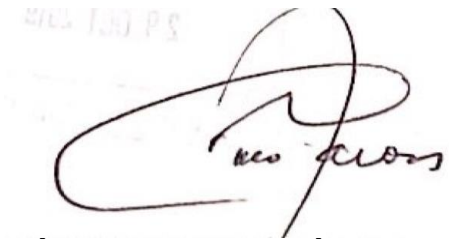
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Aclara voto)

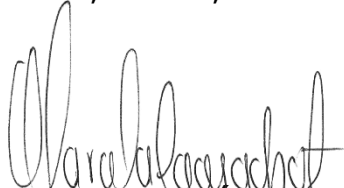


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

-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, AFP OLD MUTUAL S.A. y AFP COLFONDOS SA, 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: MARÍA CECILIA CAVIEDES BENAVIDES
demandado: MISIÓN TEMPORAL LTDA Y OTROS
Radicado No.: 15-2017-00641-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN PARTES- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. MARÍA CECILIA CAVIEDES BENAVIDES, instauró demanda ordinaria contra MISIÓN TEMPORAL LTDA, LABORANDO LTDA, PTA SAS, EXTRAS SA y EMPRESA DE INDUSTRIA MILITAR-INDUMIL, con el propósito de que se declare que las demandadas fueron intermediarias o empleadores aparentes y, por tanto, Indumil fue la verdadera empleadora por toda la vinculación laboral que existió entre el 24 de octubre del 2007 y hasta el 31 de octubre del 2014, debiendo reconocer y pagar sus *"derechos laborales"*. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de salarios legales, extralegales, prestaciones sociales, indemnización por despido unilateral, moratoria, sanción por no consignación de cesantías al fondo correspondiente; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculada por la empresa PTA LTDA el 24 de octubre del 2007, por el tiempo que dure la obra o labor, enviándose en misión a INDUMIL; posteriormente, fue vinculada por la empresa MISIÓN TEMPORAL LTDA, con contrato de duración de obra o labor determinada el 23 de junio del 2008, enviándose en misión a INDUMIL en el cargo de profesional; para el 6 de abril del 2009, la citada temporal le hizo firmar otro si, con el fin de que desempeñara el cargo de profesional VI-15 en la misma entidad.

Sostuvo que el 2 de junio de 2011 le hicieron firmar otro contrato en la misma modalidad, para desempeñar el citado cargo; seguidamente aludió a que el 11 de septiembre del 2013 celebró vínculo laboral con la empresa LABORANDO LTDA, con la que también firmó otro sí el 21 de noviembre del 2013 y 16 de enero del 2014; pero el 18 de septiembre del 2014 cambia de empleador y suscribe contrato laboral con la empresa EXTRAS SA, para ocupar el mismo cargo, devengando un salario de \$2.347.959.

Refirió que la citada temporal el 31 de octubre del 2014 finiquita la relación laboral aduciendo periodo de prueba, el cual, no podía existir por cuanto ya había trabajado años anteriores en el mismo cargo. Agregó que las empresas demandadas son responsables por la omisión de no vincularla directamente con la demandada durante 7 años en el mismo cargo de profesional universitario. Además, por cuanto no se benefició de todos los derechos laborales en la planta de personal que tiene IDUMIL.

(Cuad.1 fls. 53 a 61).

2. Contestación de demanda.

2.1. Industria Militar - Indumil. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que no sostuvo ni sostiene ningún contrato de trabajo ni vínculo laboral con la actora. En lo que hace a los supuestos facticos indicó que los verdaderos empleadores fueron las siguientes empresas:

- PTA LTDA, con la que suscribió contrato de prestación de servicios No. 1.2.3.4.-144/2007.
- MISIÓN TEMPORAL LTDA, con quien firmó contrato de prestación de servicios No. 1.2.3.4.-174/2008, 1.2.3.4.-123/2010, 1.2.3.4.-379/2010, 1.2.3.4.-211/2011 y 1.2.3.4.-078/2012.
- LABORANDO LTDA, con la que suscribió contrato de prestación de servicios No. 1.2.3.4.-093/2013.
- EXTRAS SA, con quien celebró contrato de prestación de servicios No. 1.2.3.4.-1384/2014.

En esa medida, adujo que los contratos de prestación de servicios que suscribió fueron autónomos, en diferentes periodos, con procesos de licitación e invitaciones públicas distintas, cada uno con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal independiente. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación, buena fe, carencia de causa y de acción de la demandante y genérica. (Cuad.1 fls. 86 a 97).

2.2. Extras SA. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra aduciendo que no fue intermediaria ni empleadora aparente de la actora. En cuanto a los hechos que a ella le concernían sostuvo en el lapso comprendido entre el 16 de enero y 31 de octubre del 2014, fechas durante las cuales se ejecutó el contrato de trabajo suscrito con la accionante no violó disposición legal alguna. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción. (Cuad.2 fls. 392 a 398).

2.3. Misión Temporal. Se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que en los diferentes vínculos laborales que unió a la accionante, jamás actuó como una empleadora aparente, en tanto que fue el único y verdadero empleador, más allá de haber cedido la subordinación a la empresa usuaria, además, porque la actora siempre reconoció a la temporal como su único y directo empleador, empresa que además de fungir como única patrona, es quien oportuna y legalmente pagó sus salarios, prestaciones sociales y demás elementos propios de la relación laboral.

En lo que hace a los supuestos fácticos refirió que entre las partes se suscribieron sendos contratos individuales de trabajo, como a continuación se señala:

- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 23 de junio del 2008 hasta el 1 de marzo del 2009, en el cargo de profesional y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 6 de abril del 2009 hasta el 4 de abril del 2010, en el cargo de profesional VI - 15 y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 3 de mayo del 2010 hasta el 29 de abril del 2011, en el cargo de profesional VI - 15 y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 2 de junio del 2011 hasta el 31 de mayo del 2012, en el cargo de profesional VI - 15 y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil. Anotando que mediante otro sí adiado el 9 de agosto del 2011 se modificó el cargo el profesional VI -18 y su asignación salarial.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 6 de junio del 2012 hasta el 7 de septiembre del 2012, en el cargo de profesional VI - 18 y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil.
- Contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, fecha de inicio el 16 de octubre del 2012 hasta el 10 de septiembre del 2013, en el cargo de profesional VI - 18 y enviada en misión a la empresa usuaria Indumil.

Aclaró que cada uno de los precitados contratos fueron finalizados por una causal legal y objetiva, establecida en el artículo 61, numeral 1, literal d del CST. Propuso como excepción previa la de prescripción y de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de solidaridad, inexistencia de causa para pedir, pago total de las obligaciones correspondientes a los contratos laborales, buena fe, mala fe de la actora, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, cesión de la facultad subordinarte de la demandante a INDUMIL, trabajadora en misión, compensación, terminación del contrato por finalización de la labor u obra contratada y genérica. (Cuad.2 fls. 425 a 467).

2.4. Laborando SAS antes Laborando Ltda. Al dar contestación a la demanda se opuso a los pedimentos solicitados en ella, bajo el argumento de que en lo que respecta si fue su verdadera empleadora dentro de los siguientes períodos y extremos laborales:

- Contrato 1- del 11 de septiembre del 2013 al 20 de diciembre del 2013.
- Contrato 2- del 16 de enero del 2014 hasta el 10 de septiembre del 2014.

Esgrimió que durante los periodos laborados cumplió con sus obligaciones laborales a favor de la promotora del litigio, además, que los citados vínculos finalizaron por terminación de la labor contratada y, por tanto, su liquidación fue pagada

oportunamente. Propuso las excepciones de prescripción, pago de las prestaciones legales debidas, buena fe y genérica. (Cuad.3 fls. 648 a 654).

2.5. PTA SAS. En respuesta al libelo incoatorio se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, aduciendo que entre ella y la demandante existieron dos contratos de trabajo por obra o labor contratada, circunscrita a los periodos entre el 24 de octubre del 2007 al 30 de diciembre del 2007, desvirtuándose la intermediación y aparente relación laboral infundadamente reclamada. Enlistó como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción e inexistencia de las obligaciones pretendidas. (Cuad.3 fls. 714 a 721).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Cuad.1 fl.66); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de noviembre del 2019, en la que el fallador declaró que bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas un verdadero contrato de trabajo entre la actora e Indumil por los siguientes periodos: Del 24 de octubre del 2007 al 30 diciembre 2007, del 23 de junio del 2008 al 1 de marzo de 2009, del 6 de abril de 2010 al 4 de abril de 2010 (sic), del 3 de mayo de 2010 al 29 de abril de 2011 del 2 de junio de 2011 a 31 de mayo de 2012, del 6 de junio de 2012 al 7 septiembre 2012; otro contrato, el 16 de octubre 2012 al 10 de septiembre de 2013, otro contrato entre del 11 septiembre 2013 al 20 del diciembre 2013, otro contrato del 16 de enero de 2014 al 10 de septiembre del 2014 y un último contrato entre el 11 septiembre de 2014 al 31 de octubre del año 2014. Así las cosas, condenó a Indumil y Extras S.A. que respondan y paguen en forma solidaria la suma de \$3.696.162 a título de indemnización por terminación unilateral del contrato; absolvió de las demás pretensiones elevadas en su contra, condenó en costas a las citadas demandadas y a la accionante a favor de PTA SAS, Misión Temporal y Laborando SAS.

En lo que interesa al recurso de apelación, tuvo como problema jurídico a dilucidar si existió bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, un verdadero contrato de trabajo entre la parte actora e Indumil. Con tal propósito hizo alusión a lo dispuesto por el artículo 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, Decreto 1707 de 1991, artículo 13 del Decreto 24 de 1998, al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando que se configuró una situación anómala en el uso de la figura de servicio temporal, lo cual, pone en la palestra que la intención de la demandada fue en la de cubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de esas actividades, bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse de los servicios personales de la actora, utilizando una figura legítima para esconder y llevar a lo más recóndito, verdadera relaciones de trabajo directas con los empleados de la EST, por manera que no puede quedar libre de objeción y sanción, con mayor razón cuando se recrea de forma sofisticada, repetida y sistemática.

Así las cosas, dijo que daría aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no obstante, acotó que dado a que existen periodos en los cuales la actora no prestó el servicio, debía declarar en forma individual cada contrato de trabajo con Idumil en la medida que hubo solución de continuidad entre los mismos y las empresas temporales responder solidariamente. En lo que hace a la indemnización por despido sin justa causa solicitada adujo que su estudio debía ser respecto del contrato

aparentemente celebrado entre el 11 de septiembre del 2014 al 1 enero del año 2015. Conforme a ello, refirió que la estipulación de un periodo de prueba cuando una persona lleva prestando servicio a la entidad demandada por 5 años es una cláusula ilegal, misma que contraviene los derechos mínimos del trabajador, debiéndose condenar a su pago, es decir, la tarifada en el artículo 64 del CST, teniendo un salario de \$1.848.081. (Cuad.3 CD a fl.783).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación sobre la indemnización por despido sin justa causa, argumentando que dado a que se declaró verdadera empleadora del vínculo laboral que se suscitó entre el 24 de octubre de 2007 hasta el 31 de octubre de 2014, debía responder por la totalidad del tiempo laborado, liquidada bajo un salario de \$2.347.959, último que devengó la trabajadora estando al servicio de Indumil. (Cuad.3 CD a fl.783).

5.2. Recurso de apelación Extras SAS. Inconforme con la anterior decisión sostuvo que, de conformidad con las pretensiones de la demanda, no se solicitó la solidaridad de la temporal frente a las eventuales condenas que pudieran proferirse contra Indumil, además, tampoco podría aplicarse el artículo 50 del CPT y de la SS, en tanto que en el escrito genitor no se solicitó su responsabilidad solidaria. (Cuad.3 CD a fl.783).

5.3. Recurso de apelación Indumil. Refirió en su alzada que el A quo le resta importancia la naturaleza jurídica de la entidad, en tanto que es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio Defensa Nacional, cuya actividad económica refiere a un monopolio nacional, razón por la cual, dada a esa calidad la ha llevado a suscribir vínculos comerciales con diferentes empresas de servicios temporales, nexos contractuales que son independientes el uno del otro, mismos que están expresamente determinados, en tanto que su finalidad corresponde a la producción o al incremento de producción que refiere a la comercialización y ventas, lo que hace que lleve a la necesidad del suministro del personal, entre esas a la demandante.

Adujó que no hubo permanencia en el empleo, además, que las labores que desempeñó fueron distintas, lo que demostraba que la necesidad fue siempre diferente, coligiendo que las vinculaciones son claramente legales. Por otro parte, indicó que, en armonía a las pretensiones de la demanda, estas nunca fueron encaminadas a varias vinculaciones, sino a una sola, desbordándose de la litis. Ultimó que siempre obró de buena fe, intentando suplir las diferentes necesidades que fuesen de manera temporal y ocasional atendiendo a los incrementos de producción e incrementos en la comercialización, razón por la que solicitó se revoque la sentencia de primer grado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Industria Militar - Indumil. En su escrito indicó que está probado que suscribió distintos contratos comerciales con las Empresas de Servicios Temporales, todos ellos en épocas o periodos independientes, con necesidades distintas, de esta forma atendiendo a los incrementos de producción y el plan de ventas anual. Agregó que cada contrato suscrito contiene sus propios estudios de mercado y conveniencia, mismos que se realizan mediante procesos de contratación y disponibilidad presupuestal independiente; vínculos comerciales que culminaron en los tiempos pactados y se encuentran liquidados.

Precisó que los citados contratos comerciales de suministro de personal se suscribieron con el fin de atender los incrementos en la producción y las necesidades que, entre otros, se derivaran de la fabricación, producción y comercialización de armas, municiones y explosivos, de acuerdo con la proyección de ventas que anualmente debe atender la Industria Militar; quedando consignado en cada contrato comercial, por la misma razón la accionante no desarrolló una misma labor, pues, sus funciones fueron distintas según las necesidades de la entidad.

6.2. PTA SAS. Alegó en su favor que ninguna condena debe proferirse en su contra, toda vez que quedó demostrado que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo de octubre 24 de 2007, mismo que finalizó el 30 de diciembre de 2007 por culminación de la labor contratada, pagando en legal y en debida forma la liquidación final del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la señora María Cecilia Caviedes Benavides y Extras SAS 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 a favor de Indumil en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

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 e Indumil, fungiendo las empresas de servicios temporales codemandadas como simples intermediarias?
- (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 declarar que entre la demandante e Indumil existieron múltiples contratos de trabajo y no colegir que aquella vinculación fue ininterrumpida?
- (iv) Además, ¿el a quo quebrantó el principio de congruencia en tanto que la promotora del litigio no solicitó la responsabilidad solidaria de Extras SAS sobre las condenas impuestas en contra de Indumil, además, por cuanto la misma parte solicitó una única vinculación y no múltiples vinculaciones?
- (v) Finalmente, ¿El demandante probó que en vigencia de la relación laboral devengó un salario \$2.347.959 y no la suma de \$1.848.081, como lo concluyó el a quo?

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 solo 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 laató con la aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por múltiples empresas de servicios temporales, ello en atención que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como trabajadora en misión, ejecutó actividades en favor de la Industria Militar – INDUMIL que no correspondieron a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como bien lo coligió el Juez de primer grado.

Lo anterior, dado que de los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora María Cecilia Caviedes Benavides, prestó sus servicios a favor de la Industria Militar por un lapso superior a 7 años, para ejercer inicialmente el cargo de profesional, el cual posteriormente fue modificado al de profesional VI-15 y VI-18, pues, así se logra desprender de los contratos de trabajo y sus adiciones que fueron allegadas al plenario, mismos en los que se evidencia lo siguiente:

EST	CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO

PTA LTDA	OBRA O LABOR	24/10/2007 AL 30/12/2007	PROFESIONAL	CUAD. 3, 735-736
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	23/06/2008 AL 01/03/2009	PROFESIONAL	CUAD. 2, 477-478-545
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	6/04/2009 AL 05/04/2010	PROFESIONAL VI-15	CUAD. 2, 479-480-546
MISIÓN TEMPORAL	ADICIÓN AUMENTO DE SALARIO	6/04/2009	CUAD. 2, 524	
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	3/05/2010 AL 29/04/2011	PROFESIONAL VI-16	CUAD. 2, 481-481A – 547
MISIÓN TEMPORAL	TRASLADO DE OFICINA	16/10/2010	CUAD. 2, 525	
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	2/06/2011 AL 31/05/2012	PROFESIONAL VI-15	CUAD. 2, 482-483-548
MISIÓN TEMPORAL	CAMBIO DE CARGO	9/08/2011	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 2, 526
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	6/06/2012 AL 07/09/2012	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 2, 484-485
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	16/10/2012 AL 10/09/2013	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 2, 486-487
LABORANDO SAS	OBRA O LABOR	11/09/2013 AL 20/12/2013	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 1, 8
LABORANDO SAS	OBRA O LABOR	16/01/2014 AL 10/09/2014	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 1, 10-11
EXTRAS SA	OBRA O LABOR	11/09/2014 AL 31/10/2014	PROFESIONAL A-127	CUAD. 1, 12-17 Y 21

Del acopio probatorio se desprende que, si bien hubo cambio del cargo en diferentes ocasiones, lo cierto es que la prestación del servicio fue siempre 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 y si bien la usuaria manifestó que las labores contratadas tuvieron como finalidad atender los incrementos en la producción y ventas, lo cierto es que no probó la existencia de ese específico supuesto de hecho, pues solo se limitó a allegar al plenario los contratos de prestación de servicios celebrados entre ésta y las temporales, sin describir de que se trataba el aumento y sin presentar probanzas que comparativamente permitieran evidenciarlo. A lo anterior se suma que, está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a los citados contratos de trabajo.

Así las cosas, el 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 años tuvo cambios en el cargo, las circunstancias que rodearon la prestación del servicio no permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, tal y como lo señaló el juez de primer grado, 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.

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, la Industria Militar, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasara a responder solidariamente, sin que para ello sea necesario que en el libelo introductor se solicite específicamente su solidaridad, en tanto que esta nace por mandato legal.

En ese sentido, a propósito del recurso de apelación propuesto Extras SAS, en el que hace alusión a que el juzgador de primera instancia quebrantó el principio de congruencia en tanto que analizó un tema que no fue propuesto en la demanda, debe decirse que dicho argumento no es de recibo para esta Sala pues no puede considerarse que la responsabilidad solidaria de cara a la vinculación laboral que se pretende haya quedado por fuera del ámbito de la demanda, en tanto que al emprenderse el estudio y concluirse que la empresa usuaria fue el verdadero empleador, siendo las empresas de servicio temporal meros intermediarios o empleadores aparentes, es obvio que se impone analizar la responsabilidad que se deriva de tal solicitud, ya que nace implícitamente por disposición legal; de ahí que sea desacertada su alzada.

Ahora, respecto a la manifestación contenida en la apelación de la Industria Militar referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, en tanto que entre una y otra vinculación no se superó el año o seis meses y hubo interrupciones superiores a treinta días, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018, se refirió puntualmente sobre el tema:

"Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios."

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a que Indumil es la verdadera empleadora de la aquí demandante y las empresas de servicios temporales actuaron como simples intermediarias, las cuales están obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Extremos laborales

Ahora bien, establecido que el vínculo que unió al demandante con la entidad pública se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos de dicha relación. En ese sentido, el ataque contra la sentencia de primer grado que propone la apelante trabajadora se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no por varios como declaró el juez primigenio. Para tal efecto aduce que la vinculación laboral sin solución

de continuidad se encuentra probada con los respectivos contratos de trabajo que celebró con las codemandadas y que fueron allegados al plenario. En virtud de ello, procederá la Sala a verificar si existió unicidad en el nexo contractual.

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 el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbello 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 del demandante dentro del interregno que se extraña, siendo de su resorte haber probado dicha circunstancia. Lo anterior, por cuanto las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, en especial los contratos de trabajo no conducen a demostrar que la actora trabajó de forma ininterrumpida, como consecuencia de periodos de solución de continuidad que se presentaron entre cada uno de los contratos suscritos con las empresas temporales, durante los cuales la actora no acreditó haber prestado sus servicios.

Bajo ese norte, es preciso destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral *“solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad”* (SL574-2021); en el caso sometido a estudio es claro que, del análisis de los contratos de trabajo suscritos por la demandante hubo lapsos superiores a 30 días que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios de la trabajadora del 24 de octubre del 2007 al 15 de octubre del 2012.

No sucede lo mismo, con el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 2012 al 31 de octubre del 2014, ya que si bien existieron interrupciones no resultan ser de tal entidad que hagan presuponer la solución de continuidad de la vinculación laboral, pues, aquellas resultan mínimas, como se señala a continuación:

EST	CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO
MISIÓN TEMPORAL	OBRA O LABOR	16/10/2012 AL 10/09/2013	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 2, 486-487
LABORANDO SAS	OBRA O LABOR	11/09/2013 AL 20/12/2013	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 1, 8
LABORANDO SAS	OBRA O LABOR	16/01/2014 AL 10/09/2014	PROFESIONAL VI-18	CUAD. 1, 10-11
EXTRAS SA	OBRA O LABOR	11/09/2014 AL 31/10/2014	PROFESIONAL A-127	CUAD. 1, 12-17 Y 21

Sin embargo, el hecho de que exista un solo contrato durante el lapso del 16 de octubre al 31 de octubre de 2014 no resulta suficiente para entrar a modificar la condena de primer grado, en razón a que en virtud del grado de consulta concedido a favor de la pasiva no es posible hacerle más gravosa su situación, máxime cuando la alzada no estuvo dirigida a enervar las liquidaciones en la forma en que fueron realizadas por el a quo, bajo el presupuesto de existencia de más de una relación contractual sino únicamente en virtud de la supuesta existencia de un solo vínculo laboral.

Respecto del otro reparo que propone la censura consistente en una falta de congruencia entre la respuesta que dio el juzgador primigenio de cara a las pretensiones de la demanda, es preciso también señalar que tal argumentación no enerva el discernimiento que hizo aquel sentenciador al declarar varias relaciones laborales pese a que en la demanda se exigió unicidad en la relación laboral. Lo anterior, en tanto que encuentra su soporte en criterio que por demás ha fijado reiterativamente el máximo Tribunal de esta jurisdicción laboral, esto es que *"en los casos donde se discute la existencia de una relación de trabajo, si se demuestra un tiempo de servicios inferior al pretendido, el juez tiene el deber de dictar una condena minus petita o infra petita, es decir, donde se acepten parcialmente las pretensiones por lo probado."* (SL4515-2020, reiterada en sentencia SL2443-2021)

En consecuencia, lo discutido por la entidad apelante para socavar la sentencia de primer grado es errado, toda vez que el razonamiento que hizo el juzgador y condujo a la condena, coincide con la plasmada en el precedente jurisprudencial transcrito, al declarar la existencia de varias relaciones laborales en tanto que aquella fue fragmentada, en la medida que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo. Bajo lo dicho se sigue para la Sala confirmar la decisoria que tomó el a quo.

Salario

En lo atinente al salario devengado por la actora en vigencia de la última relación declarada por el A quo, es del caso resaltar, que tal como se dijo precedentemente, corresponde al actor allegar el medio de persuasión que permita determinar con contundencia el salario que aduce devengó en vigencia de la relación laboral, debiéndose aclarar que no es suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar.

Bajo ese hilo conductor y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia de entrada que no existe ningún medio de prueba que permita con suficiente contundencia asegurar que el salario percibido en vigencia del laborío corresponde a la suma de \$2.347.959. De hecho, el contrato individual de trabajo allegado al plenario suscrito entre la demandante y Extras SA da cuenta que, para el periodo entre el 11 de septiembre del 2014 al 31 de octubre del 2014, la actora devengó la suma de \$1.848.081, tal como lo coligió el Juez primigenio.

En atención a lo expuesto y como quiera que la demandante no demostró haber devengado la suma de \$2.347.959 para el momento en que finiquitó el laborío, sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en su integridad la sentencia proferida en primer grado. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

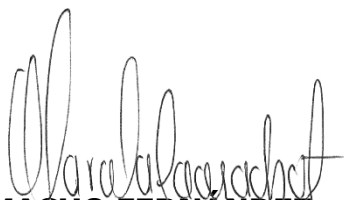
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre del 2019, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

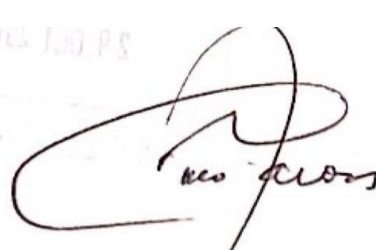
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: RITA ELISA JIMÉNEZ DE GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP COLFONDOS S.A.
Radicación: 1100131050-34-2017-00429-02
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - INEFICACIA TRASLADO – MODIFICA PARCIALMENTE

Bogotá D.C., treinta (30) de julio del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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 HUERFANO HUERFANO, 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. Rita Elisa Jiménez de González instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos SA con el propósito de que se declare la nulidad del traslado al RAIS y los posteriores traslados horizontales. En consecuencia, se condene a Colpensiones a registrar la afiliación de la demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. Así mismo, se dispusiera a su favor que la AFP Porvenir SA, AFP Colfondos y Colpensiones reconozcan y paguen los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado al RPMPD, y paguen las sumas adeudadas de forma indexada; lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en sintensis que efectuó cotizaciones al RPMPD desde el 17 de agosto de 1979 hasta el 30 de julio de 2000 para un total de 7.228 días; que a mediados del año 2000 los asesores comerciales de la AFP Porvenir motivaron el traslado al RAIS, bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el RPMPD. Igualmente, indicó que por parte de los asesores de la AFP Porvenir sufrió engaño y asalto en su buena fe, toda vez que en ningún momento se le informó que perdería los beneficios que le ofrece ISS hoy Colpensiones, por manera que no fue asesorada en debida forma. (fol. 83 y ss.).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 106); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Contestación de la AFP Porvenir SA. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas argumentando que la información suministrada a la promotora del proceso se encuentra acorde con las disposiciones legales, por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia y, por tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa. Señaló que la actora tomó la decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió formulario de vinculación o traslado al RAIS, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. 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. 132 y ss.).

3.2. Contestación de la AFP Colfondos SA. Contestó la demanda señalando que la demandante voluntariamente presentó vinculación inicial con la AFP Horizonte hoy Porvenir. Indicó que le dio a conocer toda la explicación necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el RAIS, por lo que al contar con información clara, cierta, y precisa frente a las características de los regímenes pensionales, hizo que de manera libre, voluntaria y espontánea se trasladará de administradora de fondos de pensiones en el mismo régimen del cual venía afiliada. En esa medida, sostuvo que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento de traslado de administradora de fondos de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (fol. 174 y ss.).

3.3. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda esgrimiendo que la gestora del proceso se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, para poder efectuar el traslado de régimen pensional, al contar con 57 años al momento de solicitar el traslado. Refirió que los intereses moratorios únicamente son procedentes cuando la administradora de pensiones se sustrae de manera injustificada en el pago de las mesadas pensionales reconocidas, circunstancia que no se presenta en el caso bajo estudio. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica (fol. 242 y ss.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de abril de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS efectuado el 20 de junio del 2000 a través de la afiliación con la AFP Porvenir SA, quedando sin efecto los traslados realizados con posterioridad entre fondos privados de pensiones y válidamente vinculada a la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones.

En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a que transfiera al RPMPD, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS. Condenó a la AFP Porvenir SA devolver a Colpensiones, a través de Colfondos SA los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la actora al RAIS, incluidos los descontados por Horizonte SA. Finalmente, condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Colfondos S.A., y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

La decisión del Juez se basó en que la información debe brindarse de forma completa y constar no solo en la afiliación, sino, también durante el proceso de traslado, como de los beneficios o inconvenientes del mismo. Señaló 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. Afirmó, 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, en tanto que no se trataba de firmar un formato preimpreso, sino, brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación Colpensiones. Inconforme propuso recurso de apelación manifestando que no procede la nulidad, en la medida que se presenta un error en un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento. Sostiene, que el traslado se realizó de manera libre, voluntario y espontaneo, el cual cumplió con los principios taxativos que contemplaba la ley para el año en que acaeció. Adujó que para la fecha del traslado la promotora del proceso ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen pensional.

Además, indicó que la Superintendencia Financiera estableció en la circular externa N°19 de 1998 que el diligenciamiento del formulario debe realizarse para hacer efectivo el traslado entre regímenes pensionales, y que era el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado. Finalmente, agregó que fueron 20 años aproximadamente en los cuales Colpensiones no ayudó a financiar la pensión de la demandante, y no cobró gastos de administración por lo cual se presentaría un detrimento patrimonial, el cual pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

5.2. Recurso de apelación AFP Porvenir SA. Interpuso recurso de apelación parcial respecto a la orden de trasladar por medio de la AFP Colfondos a Colpensiones el valor descontado de los gastos de administración. En tal virtud señaló que dichos descuentos están establecidos en la Ley 100 de 1993, para el buen funcionamiento del RAIS y de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados. Adicionó que el fondo siempre actuó bajo los principios de legalidad y buena fe, y que dicha condena le generaría un detrimento patrimonial y enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones, máxime cuando la cuenta de ahorro individual fue beneficiada de los rendimientos financieros.

5.3 Recurso de apelación AFP Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación contra el numeral 3° en cuanto a la devolución de gastos de administración y comisiones. Manifestó que dicha devolución tiene sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 literal q) de la ley 797 de 2003. Indicó, que las comisiones que se están ordenando devolver no solo incluyen las que se han descontado

sino adicionalmente las que descontó la AFP Porvenir, reiterando que se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, de conformidad con la sentencia T-219 de 1995. Por último, adujo que se desconocen las restituciones mutuas del fondo como tercero de buena fe, afectando así el patrimonio del mismo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito argumentó que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 20 de junio 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 desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el día 06 de abril de 2017 la demandante contaba con 57 años pues nació el 05 de marzo de 1960, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Además, que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y no se esta 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 la demandante y las AFP's PORVENIR y COLFONDOS S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad.

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) ¿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 sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿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 aunque el Juzgado declaró la nulidad por falta de información del traslado al RAIS que efectuó la actora, sin embargo, es del caso anotar que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no sobre la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem; 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.

Así las cosas, se modificará en tal sentido la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Rita Elisa Jiménez de González se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 17 de agosto de 1979, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 25); además que el 20 de junio del 2000 firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fol. 5); que posteriormente el 12 de septiembre de 2003 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Horizonte S.A., tal como aparece en el formulario de vinculación (fol. 6). Finalmente, se trasladó a la AFP Colfondos SA el 23 de agosto del 2006 (fol. 7), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la actora.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFPs Porvenir S.A. y Colfondos S.A, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

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 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 AFPs Porvenir S.A. y Colfondos S.A como acertadamente 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 a la señora **Rita Elisa Jiménez de González** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, redención del bono pensional, 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 específica 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 sí estaba en la obligación de proporcionar a la aquí demandante 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.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la 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 y que la demandante no presentó alguna queja o reclamo a lo largo de su afiliación, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Rita Elisa Jiménez de González 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, la afiliada 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.

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 los apoderados de la AFPs PORVENIR SA y COLFONDOS SA, 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; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, 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.

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirman las demandadas 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 fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado 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 efectuó 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 actora 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 impondrá costas a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS SA y AFP 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.

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,

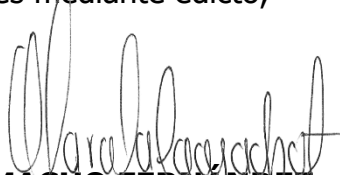
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de abril del 2021 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS SA y AFP PORVENIR S.A. Las de primera, se confirman.

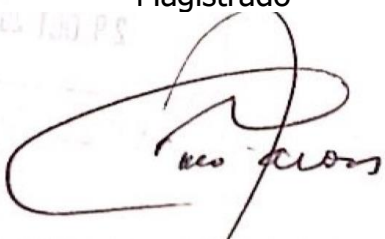
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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

Se fijan como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS SA y AFP PORVENIR 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: EDDY DEL CARMEN GÓMEZ TABARES
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-030-2019-00443-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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 Dras. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZÓN, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EDDY DEL CARMEN GÓMEZ TABARES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliada al RMPMD 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. 93 a 113).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de octubre de 1961; que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 23 de febrero de 1981; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 04 de noviembre de 1998; que la AFP PROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría integral al momento del traslado; que el 19 de diciembre de 2005 por conducto de la secretaria general de la entidad donde laboraba se trasladó a BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; que BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. tampoco le brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen; que firmó formularios de traslado al ISS en el año 2008, pero no fueron radicados por la empresa donde laboraba – FENALCE; que realizó una proyección pensional en la que la mesada pensional en el RPM es de \$ 1.628.161,79, mientras que en el RAIS es de \$ 914.456; que de haber recibido un comparativo de su mesada pensional al momento del traslado, no hubiera tomado esa decisión.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 119); 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 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, falta de reclamación administrativa, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica (Fols. 130 a 140).

4. Contestación AFP PROTECCIÓN S.A. En la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que el traslado efectuado el 04 de noviembre de 1998 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, 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 comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y traslado de aportes (Fols. 183 a 198)

5. Contestación 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 siempre se le garantizó el derecho al retracto; que la AFP siempre realiza exhaustivos procesos de capacitación a los asesores; que la parte actora se encuentra en la restricción del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fols. 234 y 235).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de abril de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada a PROTECCIÓN S.A. y la que posteriormente se efectuó a PORVENIR S.A.. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, debidamente indexados; ordenó a PROTECCIÓN S.A. que devuelva a COLPENSIONES los costos de administración debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RMPPD, recibiendo los aportes de las AFP; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

La decisión del Juez se basó preliminarmente 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,

seguidamente, estableció que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, y por tal motivo, no había lugar al traslado de régimen conforme lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2012.

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; igualmente, de los testimonios rendidos tampoco se logra extraer que se haya brindado información cualificada. 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, con la consecuencia frente a PORVENIR S.A. de devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos, incluido los costos de administración debidamente indexados, al igual que a PROTECCIÓN S.A. le ordenó devolver los costos de administración debidamente indexados.

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., y 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 el derecho a la pensión de vejez que lo es irrenunciable e imprescriptible. Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A..

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

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 debe tenerse en cuenta lo dispuesto en sentencia de radicado No 31989 de 2008 relativo a las prestaciones acaecidas, según la cual no se pueden ordenar devolverse de manera retroactiva; que frente a los gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción por ser conceptos de tracto sucesivo; que de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, no incluye dentro de la devolución de conceptos al régimen de prima media con prestación definida los referidos a gastos de administración y sumas de primas de seguros previsionales.

PORVENIR S.A.: Manifestó que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado como quiera que para la época del traslado no era obligatorio brindar información como lo requiero el juzgado, ya que de conformidad con la Circular 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera, la única exigencia era el diligenciamiento del formulario de afiliación y que el mismo cumpla los requisitos de validez; PORVENIR S.A. le brindó ampliamente información sobre las implicaciones del traslado; que debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento de que trata la sentencia SL3752 de 2020, tales como la permanencia de la actora en el RAIS duramente varios años, el recibo de extractos, los traslados entre diferentes AFP, que reflejan la voluntad de permanencia de la demandante en el RAIS, que la información brindada por la AFP se

ciñó a la establecida en el Decreto 663 de 1993; que solo con la expedición de la ley 1748 de 2014 se impuso la obligación de brindar asesoría documentada; que no es viable la devolución de los gastos de administración, ya que son conceptos que se descuentan en ambos regímenes y se hacen por disposición legal; que de conformidad con el concepto del 15 de enero de 2020 de la SIF no señala la devolución de gastos de administración; que el traslado de gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; que solo es procedente ordenar la devolución de los conceptos de que trata el artículo 113 de la ley 100 de 1993; que debe operar la prescripción de la devolución de gastos de administración y sumas de la aseguradora, ya que no corresponden a valores que le pertenezcan al afiliado y además no están llamados a financiar la pensión de vejez.

8. Alegatos de conclusión:

DEMANDANTE.: Esgrime que la demandante logró demostrar la nulidad del traslado por falta de información cierta, clara y oportuna a cargo de la AFP; que la AFP le omitió información al momento del traslado de régimen; que las AFP no cumplieron con su obligación legal; en síntesis solicita que se conforme la decisión de instancia.

COLPENSIONES: Manifiesta que no es procedente declarar la nulidad, ya que obran elementos probatorios que conllevan a determinar que el traslado fue de manera libre y voluntaria, con el suministro de la totalidad de la información clara y precisa; que no se logra observar vicios en el consentimiento; que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2002, artículo 2, literal E.

PROTECCIÓN.: Indica que los gastos de administración y prima de seguro previsional son descuentos que se realizan por disposición legal, y opera en ambos regímenes; que hubo una buena administración de los recursos, prueba de ello son los rendimientos generados; que devolver aquellos conceptos constituye un enriquecimiento sin causa, máxime que tales conceptos no financian la pensión de vejez; que debe darse aplicación a las restituciones mutuas; que los conceptos de gastos de administración y comisiones constituyen prestaciones acaecidas; que debe tenerse en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera; que las comisiones fueran giradas a un tercero no vinculado al proceso, además que mientras estuvo afiliado tuvo cobertura para los riesgos asegurados; que la condena constituye una condena en perjuicios de la AFP; que aplica la prescripción por tratarse de conceptos de tracto sucesivo.

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.

9. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. 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 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 falta de información se sana 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 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 EDDY DEL CARMEN GOMEZ TABARES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 23 de enero de 1981, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 85 y 177); que el 04 de noviembre de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme el formulario de afiliación (Fol. 56), y posteriormente se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 17 de mayo de 2005, tal como se observa en el formulario de afiliación (fol. 57), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fol. 80 a 84).

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 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 específica 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 el afiliado sea profesional, pues el hecho de que el actor sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 a la AFP Porvenir S.A. 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 señora EDDY DEL CARMEN GOMEZ TABARES 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 PROTECCIÓN S.A. en el año 1998, 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 comprensible 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 4 de noviembre de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, 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

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 adocinado 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 desfavorable la alzada propuesta en este tópico.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. como primera AFP donde se vinculó la actora, se dejó por fuera de la condena de manera expresa los conceptos de comisiones y, por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutive este 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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. 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 TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida el 26 de abril del 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, 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.

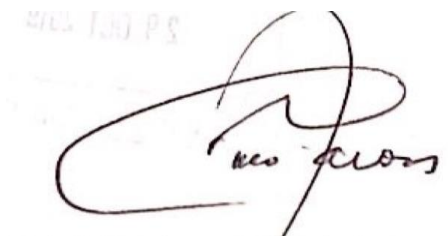
TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

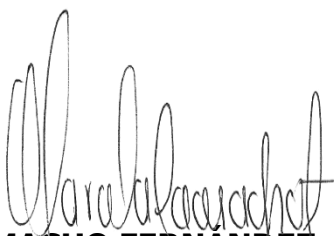


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. 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: OSCAR IVÁN ALDANA ROJAS
Demandado: COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL
Radicado No.: 07-2018-00471-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Oscar Iván Aldana Rojas, instauró demanda ordinaria contra Comunicación Celular SA Comcel, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, mismo que finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, sanción moratoria por no haberse cancelado a la terminación del vínculo laboral la citada indemnización por despido sin justa causa y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 10 de julio del 2006, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como consultor de servicio personalizado entre clientes, pactándose como salario la suma de \$2.528.000. Indicó que en septiembre del 2017 fue llamado a diligencia de descargos en atención a tres procedimientos ejecutados en los meses de octubre, noviembre y diciembre del año inmediatamente anterior, acusándolo de omitir validaciones correspondientes a confirmar la titularidad de quienes suscribieron los contratos de ventas No. 220267292 y 223114504; además porque no se adjuntó copia de la cédula de ciudadanía del cliente que suscribió el contrato No. 220948537.

Esgrimió que contrario a lo expuesto por su empleador, efectuó las validaciones previas al proceso de venta, sosteniendo al igual que el proceso cuenta con dos filtros más por parte de funcionarios de la empresa que permiten la verificación de los documentos e información, es decir, el Consultor Backoffice y Data File, quienes en el trámite que se le acusa le dieron visto bueno en la base de datos de usuarios (AC administración de clientes) y no reportaron ninguna falencia en los documentos y contratos entregados por parte de él, indicándose que la gestión fue correcta.

Agregó que hace 6 años le hicieron descargos por un hecho parecido al que se le acusó, sin embargo, pese a que fue sancionado si lo capacitaron respecto de los parámetros para

tener en cuenta al validar las cédulas de los clientes, sin embargo, aclaró que no se efectuó con documentos de identificación reales en los que se pueda evidenciar físicamente la diferencia entre el legal e ilegal. Señaló que en la evaluación que realizó en lo atinente a la capacitación no obtuvo resultados satisfactorios, ya que perdió la citada valoración, no obstante, la encartada mantuvo la vigencia del contrato asumiendo el riesgo.

Finalmente, adujo que la relación laboral terminó el 26 de septiembre del 2017 señalando justa causa para tal decisión, recibiendo la liquidación definitiva del empleador por valor de \$3.388.829. (Cuad.1, fls. 3 a 9).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que si bien entre las partes existió un contrato de trabajo que se ejecutó entre el 10 de julio del 2006 y el 26 de septiembre del 2017; no obstante, finalizó con justa causa a él imputable, al configurarse lo establecido en los numerales 2º, 4º, y 6º del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 y los numerales 1º y 5º del artículo 58 del CST.

En lo atinente a los supuestos fácticos del libelo introductor sostuvo que el actor efectivamente fue llamado a diligencia de descargos conforme a los resultados de informe de investigación interna I2350_201707 de fecha julio 28 de 2017, garantizando la posibilidad de estar acompañado. Informó que el actor no cumplió con las validaciones necesarias e inherentes al cargo que desempeñó que se establecen en los procedimientos de verificación de documentos, como lo aceptó en tal diligencia, lo que motivó la terminación del contrato de trabajo con justa causa a él imputable. Propuso como excepciones de fondo las que denominó existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo del demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe del actor, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y genérica. (Cuad.1, fls. 165 a 192).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre del año 2019, en la que el fallador declaró que la terminación de la relación laboral entre el demandante y la encartada de fecha 26 de septiembre del 2017 fue de manera injusta y, en tal virtud, condenó a esta última a reconocer y pagar la suma de \$19.819.900 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, así mismo las costas del proceso.

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, o por el contrario lo fue sin justa causa. Así las cosas, para desatar dicha controversia se refirió al material probatorio arrojado al proceso, al igual a lo dispuesto en el artículo 62 del CST, para significar que en la carta de terminación del contrato no se especificó la citación de una causal explícita acompañada con las funciones del actor que estuviere estipulada por escrito, bien sea en su contrato o en un manual de funciones, ni se dejó en la citación de que la falta grave se cometió y si la misma está registrada en el Código de Ética y en el Reglamento Interno de Trabajo.

Refirió que la motivación principal del finiquito del laborío es la inconsistencia en la verificación de datos principalmente el de cédulas de ciudadanía de los titulares de los contratos No. 220167292 y 223114504; inconsistencias que fueron investigadas, y con posterioridad confrontada con el actor mediante diligencia de descargos efectuada el 6 de septiembre de 2017. Sin embargo, acotó que si bien dentro de las funciones del actor

debía verificar la compatibilidad de los documentos que se aportan, lo cierto es que aquel era un primer filtro para su verificación, en tanto que existía otros trabajadores a cargo, quienes determinarían en últimas las anomalías en los procesos.

Indicó que, aunque el actor pudo estar capacitado de manera general sobre la verificación de los documentos, empero, su empleador era quien debía adoptar las tecnologías y capacitación del personal encargado de ello, para ejercer un control verídico y efectivo del fraude en la suplantación en este tipo de servicios, de manera que no se le podía endilgar responsabilidad a una sola persona.

Precisó que en el reglamento interno de trabajo se establece en el artículo 58 como faltas graves la de *"violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias"*, sin embargo, dicha particularidad no quedó acreditada, por cuanto no se evidencia un manual puntual de funciones donde se especifique que la obligación de la verificación de documentos recae únicamente en el actor, omitiéndose para el despido la escala jerárquica que también tuvo responsabilidad, en tanto que aquellos debían haber detectado el fraude que ocurrió en los contratos precitados. En tal virtud, dijo que debía dar paso a la indemnización por despido sin justa causa, la cual debía ser liquidada conforme al artículo 64 del CST. (Cd a fl. 500, Cuad.1)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la anterior decisión, la encartada formuló recurso de apelación manifestando que se allegó la descripción de perfil del cargo de consultor de servicio personalizado al cliente al plenario, la cual, los descargos dan cuenta que efectivamente el trabajador conocía cuales eran el alcance de sus funciones, máxime cuando el propio actor acentuó que omitió la validación del código de barras, admitiendo, además, que contaba con las herramientas tecnológicas proporcionadas por parte de la compañía para la verificación de los documentos que se le fueron entregados.

Indicó que podía verificar el estado financiero en centrales de riesgo si la persona que estaba al frente coincidía respecto del cliente que estaba solicitando los productos, aunado que para el contrato No. 7292 advirtió aquel que no paso el código de barras de la cédula por el bidimensional, lo que conlleva a las consecuencias de las cuales se expone en el informe de auditoría.

Por otro lado, arguyó que se omitió en la sentencia lo referente al contrato de la cédula que no se allegó y que es fundamental en el trámite de adquisición de un producto de los servicios de comunicación. Explicó que tal como lo dijo la señora Liliana Suarez en su interrogatorio de parte el Backoffice y Data File lo que permite al consultor de servicios es validar si el cliente es o no es la persona que está solicitando el producto, por manera que quien debe solicitar la cédula es el actor, para efectos de autorizar el servicio que le están requiriendo. En tal medida, sostuvo que aquellos no eran filtros como lo pretende hacer valer el trabajador, en tanto que la representante legal indicó que el consultor de servicios es quien debe hacer la validación a través de las herramientas que le entrega la compañía, en busca de mitigar el riesgo, el cual se ve compelido si los trabajadores no acatan las directrices de la empresa. (Cd a fl. 500, Cuad.1)

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

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 del trabajador 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?

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 la labor de Consultor Servicio Personalizado a Clientes ejercida por el accionante, ni que aquel devengó para la fecha del finiquito de la relación laboral la suma de \$2.528.000; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (Cuad.1, fls. 193 a 196); carta de terminación del contrato de trabajo (Cuad.1, fls. 343 a 346) y liquidación definitiva de empleado (Cuad.1, fls. 348).

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 una de las funciones del trabajador eran la validación de los documentos que se presentaban por parte del cliente y ejercía el control respectivo para evitar el fraude, para lo cual contaba con las herramientas tecnológicas, además, por cuanto tenía acceso a las centrales de riesgos para confrontar los datos de cara a la solicitud de venta, máxime cuando el Back Office y Data File no son filtros que impiden la falsificación; lo que permitiría confirmar la justa causa que se invocó en la terminación del contrato de trabajo.

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, se debe resaltar que con arreglo al párrafo 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 variarlos, 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, a folios 343 a 344 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 2, 4 y 6 del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, concordante con los numerales 1 y 5 del artículo 58 de la misma norma sustantiva. Decisión que obedeció a un presunto incumplimiento de las responsabilidades asignadas a su cargo como Consultor Servicio Personalizado a Clientes, en tanto que omitió, según informe interno del 28 de julio del 2017, el procedimiento de validación de documentos de los contratos núm. 220267292 y 223114504, permitiendo que aquellos se celebrarán con clientes que aportaron cédulas que no coincidían con las reales, además, por cuanto incumplió el trámite de ventas en la medida que no adjuntó la fotocopia del citado documento al contrato núm. 220948537.

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 respaldaron con la citación y descargos realizados por la empleadora, además, en la investigación interna que derivó en el Informe del 28 de julio del 2017, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folios 116 (cuaderno 1º) del expediente obra citación a rendir descargos del 4 de septiembre de 2017, cuyo objeto es escuchar las explicaciones del trabajador frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la omisión a las políticas y procedimientos de la compañía, según informe expedido por el área de Protección al Cliente, en que se indicó:

- *"Omitió lo establecido en el proceso de "Validación de documentos" que se encuentra publicado en la Intranet corporativa ("Parámetros de Documentos"), teniendo en cuenta que no se realizó validaciones sobre las fotocopias de los documentos de identidad (cédula) de los supuestos titulares, adjuntas en los contratos N°. 220267292 y N°. 223114504 y que garantizan la veracidad de la información contenida en el mismo, como ya se dijo.*
- *Incumplió el procedimiento "VENTAS", publicado a la intranet corporativa (Documentación Requerida proceso de ventas), ya que no adjunto fotocopia de identidad (Cédula) para el contrato N° 220948537, por lo tanto no se pudo establecer la veracidad del documento."*

Con tal propósito, a folios 117 a 125 (cuaderno 1º) del cartapacio el actor aportó al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado sobre los hechos que originaron la presunta irregularidad, sostuvo que sus funciones son las de brindar asesoría en servicio, preventa, venta y posventa en cualquier instancia o requerimiento en el servicio de telecomunicaciones para los usuarios, además, que conoce el Código de Ética y Reglamento Interno de Trabajo y, que sobre tales documentos ha recibido capacitaciones.

Reconoció que la responsabilidad de vinculación de clientes a la empresa y verificación efectiva de los documentos de identidad presentados por estos, son en primera medida su responsabilidad, pues es quien realiza un primer filtro, además, dijo que conoce la intranet corporativa para verificar los procesos de ventas y validaciones, y es consciente de su obligatoriedad. Ahora, en lo que se refiere puntualmente a los hechos informó que realizó los procedimientos para la venta y gestión del contrato, aclarando que sobre el contrato núm. 220267292 hizo las validaciones en la cédula física, confirmó las preguntas de titularidad en la consulta crediticia, confrontó los números, nombres y fecha de expedición, así como la imagen de la persona y huella, pero explicó *"Hay posibilidad de que*

haya omitido una validación, la verificación de todos los parámetros de la cedula, se procura que sea titular, es importante saber que puede pasar que se haya pasado validar una cedula, en este caso puntual, pueden haber razones de índole humano y laboral respecto de no haberla validado. Respecto a la revisión del lector bidimensional puede que no lo haya pasado por el mismo por exigencias de atención de mi oficina y por hacerlo rápido da lugar que haya omisión en validación (...) en este caso pudo pasar que no se validó el código de barras porque la persona que se acercó pudo ejercer presión en el tiempo y aunque no es razón de no hacer validaciones, esto ocasiona que haya afán de hacer trámites."

Respecto del contrato núm. 223114504 sostuvo que pasó lo mismo que con el usuario y vinculación señalada anteriormente, reiterando que dado el tiempo que se exige por la empresa para la atención al cliente da lugar a que se puedan presentar errores. Por último, frente al contrato núm. 220267292 aludió a que anexó la cédula de ciudadanía al contrato, por lo que no perdió en su poder el citado documento. Además, que Data File no le reportó el faltante y, por el contrario, le confirmó que el contrato se encontraba en óptimas condiciones.

Agregó a la citada diligencia que el área aducida no le comunicó inconsistencias en el proceso de todas las vinculaciones, por manera que tampoco las devolvió y pese a que reconoció la responsabilidad sobre las pérdidas generadas a la compañía, entendiendo las consecuencias que de ello le podía acarrear, reiteró una vez más que validó la calificación de data crédito y matriz de crédito, por ende, también ratificó que las cédulas no tuviesen bloqueos y que las firmas correspondieran a su grafología, haciendo preguntas necesarias para evidenciar la autenticidad del titular.

Ahora, al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Carlos Julián García Garavito (analista de protección comercial y aseguramiento de ingresos senior) y Claudia Roció Castro Pedraza (gerente gestión humana para la regional Bogotá), testigos de la parte demandada.

El primero de los citados indicó que conoció al demandante en tanto que desempeñó el mismo cargo para ese entonces, trabajando en la misma sede. Refirió que fue la persona quien realizó la investigación del fraude en la cual se concluyó que el actor dejó de realizar la validación de los documentos en dos de los tres casos, y en uno, no aportó una fotocopia de la cedula de ciudadanía. Agregó que una vez el consultor genera la activación procede a enviar los respectivos documentos a un área que se denomina Soporte de Legalización "Data File", quienes verifican que se encuentren los soportes allegados, pero no validan las inconsistencias que se pueden presentar, pues es deber del actor. Sin embargo, anotó que Data File debía marcar el faltante de la cédula de ciudadanía, remitiendo la alerta al consultor. De otro lado, sostuvo que a los consultores se les brinda capacitación por parte de la compañía y se le entregan las herramientas para efectos de verificación de documentos, además, cuenta con intranet corporativa donde pueden ser observados en cualquier momento.

Por su parte, la señora Claudia Roció Castro Pedraza relató que en julio del 2017 se recibió en el área de Gestión Humana y Relaciones Laborales un informe emitido por la Coordinación de Investigaciones donde se hacía mención de que se había cometido una infracción en los procedimientos que había generado un perjuicio de la empresa, lo cual, sirvió de fundamento para que el actor fuere llamado a diligencia de descargos y posteriormente el motivo para la terminación de su vínculo laboral. Indicó que existe un procedimiento que estableció la compañía para todas las ventas y es la verificación de la cédula, directriz que omitió el demandante. Agregó que existe un área de legalización de contratos, pero desconoció detalladamente sus funciones.

También se escuchó en el diligenciamiento a los señores Ana María Neira Rodríguez (abogada del actor para la fecha de la diligencia de descargos), Anelcy Diony Mendoza de la Hoz (compañera de trabajo del actor) y Fabián Enrique Prieto Ollaga (abogado de relaciones laborales senior), testigos que citó oficiosamente el juzgado de primer grado. La primera de las declarantes indicó que al demandante lo citaron a diligencia de descargos, sin embargo, estando en la diligencia no le permitieron la entrada bajo el argumento de una supuesta confidencialidad. En tanto que la segunda señaló que, no contaban con los medios ni herramientas para verificar las ventas que se hacían dentro de la compañía, ratificando que existían dos filtros, uno de ellos el Back Office que se encargaba de revisar los soportes de las ventas y notificar si se presentaba alguna inconsistencia en ellos. Y el último de aquellos manifestó que no recordaba precisamente el proceso disciplinario que se llevó en contra del actor, aun cuando se le puso de presente citación a descargos, su diligencia y el informe de la investigación que se realizó y motivó el llamado.

En ese sentido, al analizar las declaraciones de los testigos atrás señalados, se observa que refirieron con claridad cuáles eran tareas que debía desempeñar el actor, aduciendo que el señor Oscar Aldana era quien revisaba en primera oportunidad los documentos soporte para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, labores que corresponden a lo establecido en la "Descripción del Perfil de Cargo" visible a folios 201 a 204, manual que vale aclarar, no era desconocido para el demandante, pues conforme al interrogatorio practicado afirmó conocerlo y reiteró que dentro de sus funciones estaba la de realizar la revisión de las documentales a fin de lograr una venta efectiva para su empleador.

Ahora, pese a que la parte demandante y los testigos afirmaron coincidentemente su responsabilidad en la revisión de las cédulas de ciudadanía, misma que debía validarse con el bidimensional, lo cual no se hizo, hecho que tampoco el trabajador desconoció, debe también tenerse en cuenta que, al igual como lo coligió el juez de primer grado, dicha labor relacionada con la primera indagación y observación de los documentos puestos en conocimiento del actor para efectos de realizar la venta de los productos era tan solo uno de los filtros con cuenta la encartada para evitar cualquier tipo de fraude, entre ellos, las presuntas suplantaciones que se hicieron en los contratos núm. 220267292 y 223114504 y la carencia de la cédula de ciudadanía respecto del usuario que suscribió el contrato núm. 220948537, en tanto que en últimas quienes debían validar si los soportes se encontraban acordes con las exigencias para tal fin, lo era el área de Soporte de Legalización "Data File" o Back Office, como al unisono lo informaron los deponentes, debiéndose notificar por aquellos la no veracidad o inconsistencia de la información del documento de identidad que fuera presentado por los suscriptores y el faltante de la cédula, actuación que se pasó por alto y que permitió la comisión de los presuntos delitos.

De esta manera no le era dable a la encartada endilgarle responsabilidad al promotor de la Litis, quien bajo la creencia de que los documentos se encontraban ajustados a las directrices del empleador, en tanto que no le fue notificado lo contrario, permitió finalmente llevar a cabo la celebración de los vínculos contractuales con los presuntos defraudadores.

A lo anterior se suma que, en el plenario no existe prueba de que el trabajador contará con el bidimensional para la revisión de las cédulas de ciudadanías, pues sobre tal aspecto no se allegó ningún medio de convicción, quedándose en solo dicho de la representante legal, el cual, como bien es sabido lejos está de detenerse en cuenta, pues nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, por manera que, a propósito del fundamento de la apelación, mal podría afirmarse que lo

dicho por la parte que ha sido demandada sea suficiente para socavar la sentencia de primer grado.

En esas condiciones no se equivocó el Juez primigenio al condenar la indemnización del que trata el artículo 64 del C.S.T., como erradamente quiere hacerlo ver la pasiva, por lo que no queda otro camino que confirmar en su integridad la sentencia primigenia.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la demandada 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

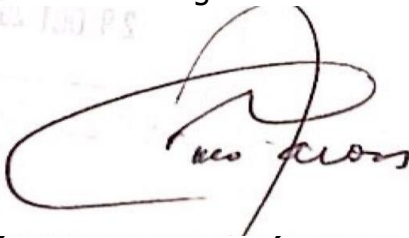
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Comunicación Celular SA Comcel. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

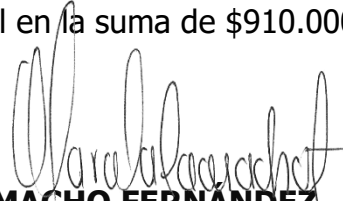

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


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 Comunicación Celular SA Comcel 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: LEONEL RUBÉN GUALSAQUI SANTILLÁN
Demandado: LUIS ANDRÉS PABÓN GARCÍA.
Radicado No.: 15-2019-00063-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE-CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Leonel Rubén Gualsaqui Santillán instauró demanda ordinaria contra Luis Andrés Pabón García, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal desde el 1 de marzo del 2018 al 12 de enero del 2019, el cual terminó por abandono de cargo; que le cancelaba al demandado el salario mínimo legal vigente, más auxilio de transporte; que el accidente que sufrió el llamado a la litis fue en razón a su descuido y por no tener en cuenta las recomendaciones de manipulación de la máquina tejedora, como también por estar hablando con su teléfono móvil; que una vez admitida la demanda procedió a depositar a favor del Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá el valor correspondiente al pago de prestaciones sociales; que no le adeuda el pago de cesantías y debe ser exonerado de la sanción e indemnización moratoria; que se proceda a fijar la suma a cancelar por concepto de indemnización respecto del accidente laboral que sufrió y señalado su valor se dé por terminado el contrato de trabajo; que debe ser exonerado en el pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo verbal, mismo que inició el 1 de marzo del 2018 y terminó el día 12 de enero del 2019, para que el trabajador desempeñará el cargo de tejedor de la máquina de punto marca Shima Seiki, para lo cual recibió curso de inducción. Indicó que recibió como salario la suma de \$781.242 más auxilio de transporte y que la relación que se mantuvo hasta el 12 de enero del 2019, fecha en la que no volvió a reintegrarse en sus labores. Refirió que el trabajador sufrió un accidente por la mala manipulación que le dio a la tejedora y por descuido de éste, razón por la que procedió a brindarle primeros auxilios y lo trasladó al Hospital Santa Clara, entidad que le prestó el servicio de salud y le expidió incapacidad. (fls. 5 a 9).

2. Contestación de la demanda. En auto calendado del 6 de febrero del 2020, al demandado se le tuvo por no contestada la demanda. (fol. 38)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de agosto del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Luis Andrés Pabón García, como trabajador y Leonel Rubén Gualsaqui Santillán, como empleador, de carácter verbal a término indefinido por el periodo entre el 1 de marzo del 2018 al 12 de enero del 2019, devengando una asignación salarial correspondiente al mínimo legal; negó las pretensiones invocadas por su no demostración; se abstuvo de imponer costas; precisó que la inoperancia de la cosa juzgada frente a cualquier posible derecho que pudiera corresponder al demandado trabajador. (CD fol. 47)

En lo que interesa al recurso de apelación, el sentenciador de primer grado señaló que la relación laboral, sus extremos temporales y el salario mínimo legal mensual, no estaban en discusión por las partes, acotando, que dicha declaración se efectuaba sin perjuicio de que el demandado trabajador en otras instancias desvirtúe estos presupuestos. Sentado lo anterior adujo que no era procedente entrar a estudiar si hubo culpa o no del empleador, en tanto que ninguna de las partes lo ha solicitado. En ese sentido, agregó que el actor pretende un eximente de responsabilidad sobre el accidente de trabajo que aconteció el 12 de octubre del 2018, sin embargo, de acuerdo con las pruebas que se allegó, no se hallaba demostrado que no fue su responsabilidad.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación solicitando que se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, respecto de la no declaración de la exclusión de responsabilidad del accidente de trabajo. Indicó que no existe duda de que el operario asignado para esa máquina es el actor, además, de que fue capacitado sobre el manejo y los riesgos que genera su operación. En esa medida sostuvo que existen elementos probatorios para que se exonere de la responsabilidad en tanto que aquello es atribuible al trabajador, ya que hubo deficiente manipulación, pues se encontraba conversando por teléfono celular.

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

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**:

¿El actor demostró que actuó con diligencia, cuidado y responsabilidad y, por tanto, el accidente laboral ocurrido fue por culpa exclusiva del trabajador, al no tomar las medidas tendientes a evitar el infortunio, entre esto, por manipular el celular cuando estaba operando la máquina tejedora?

Exoneración de responsabilidad en el accidente de trabajo

Con el propósito de desatar 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 que se suscitó entre las partes, ni que estando sus labores el señor Luis Andrés Pabón García sufrió un accidente calificado por el empleador demandante como de origen laboral.

De cara a los citados supuestos fácticos ha de señalarse que no existe duda que el aquí demandado sufrió un accidente laboral el día 21 de octubre del 2018 al operar una máquina tejedora de propiedad del actor, que le trajo como consecuencia "*AMPUTACIÓN TRAUMÁTICA DE DOS O MAS DEDOS SOLAMENTE (COMPLETA) (PARCIAL)*", conforme se observa en la historia clínica expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., visible a folios 10 a 15.

Dicho lo anterior, es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que el promotor de la Litis es el empleador, para enervar responsabilidad en el siniestro y liberarse la obligación resarcitoria de perjuicios no basta con señalar que el trabajador tuvo responsabilidad en el accidente acaecido sino que debe demostrar que en su condición de dador del laborío actuó con diligencia y precaución, sin embargo, al interior del proceso no se debatió que por lo menos hubiere adoptado un nivel de protección y seguridad acorde a su proceso productivo que compruebe que actuó frente al demandado con el cuidado ordinario o mediano que se exige desplegar en la administración de sus negocios (CSJ Rad. 6497/15, Rad. 42374/12). Adicionalmente, tampoco se demostró que la actitud omisiva del trabajador fuere la causante del accidente laboral o que la afectación a su integridad fue consecuencia de su propia negligencia al no acatar los deberes de seguridad y protección adoptados previamente por el empleador.

Y ello es así, por cuanto con ninguno de los medios probatorios se logró desvirtuar las anteriores conclusiones, de hecho, los señores Arelys Salas Pérez y Freddy Alexander Peralta Gómez, nada dijeron acerca del evento acontecido, fuera de afirmar para el momento del accidente no observaron que el actor hubiera manipulado el celular y que la inducción se le brindó al inicio de la relación laboral. En todo caso, ello no le resta, ni lo exonera de su responsabilidad, pues tal y como se señaló en sentencia SL9355-2017 "*la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la*

indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas»"

Conforme a lo expuesto, al no haberse acreditado los supuestos fácticos soporte de la demanda, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar 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.

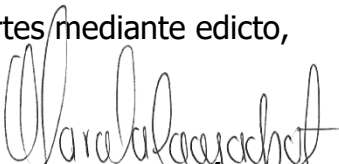
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

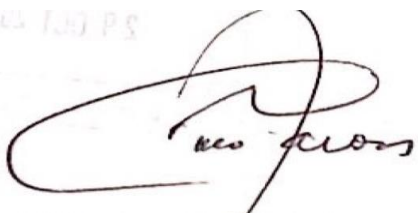
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto del 2020, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del demandado y a cargo del señor Leonel Rubén Gualsaqui Santillán.

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 demandado y a cargo del señor Leonel Rubén Gualsaqui Santillán 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: JENNY SANTANA MOLANO
Demandado: PROCINAL BOGOTÁ LTDA
Radicado No.: 32-2018-00611-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Jenny Santana Molano instauró demanda ordinaria contra Procinal Bogotá LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de mayo del 2005 al 3 de octubre del 2015, para desempeñar el cargo de Administradora de Cinemas, cuyo salario promedio correspondió a la suma de \$2.938.965; así mismo, que la finalización del vínculo laboral lo fue sin justa, debiéndose declarar ilegal e ineficaz la diligencia de descargos adelantada, por cuanto no se le respetaron ni garantizaron sus derechos a su defensa, contradicción y debido proceso; porque el comité de convivencia no adoptó las medidas preventivas y correctivas de acoso laboral; finalmente en tanto que no podía ser despedida, sin la autorización de la autoridad de trabajo respectiva por cuanto se encontraba enferma y próxima a realizarse cirugía.

Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, vacaciones, sanción moratoria, indemnización del que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, daños morales; lo que resulte probado ultra y extra petita, indexación y, costas procesales

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la relación laboral se inició el 1 de mayo del 2005, cuya finalización se dio el 3 de octubre del 2015 sin justa causa por parte del empleador; el cargo que desempeñó fue el de Oficios Varios, cargo que posteriormente fue modificado al de Administradora de los Cinemas, devengando un promedio salarial de \$2.938.965. Refirió que se le adelantó un proceso disciplinario, mediante el cual únicamente fue llamada a descargos el día 2 de octubre del 2015, sin que previamente fuese citada y especificada las faltas disciplinarias concretas, además, careció del principio de inmediatez, toda vez que no se hizo referencia a fechas exactas de probable acoso laboral.

Indicó que posteriormente al despido no ha conseguido un trabajo formal, por lo que considera que se ha menoscabado su integridad, viéndose afectada su esfera afectiva y espiritual. Agregó que desde el año 2013 ha padecido problemas de salud, pues le fue diagnosticado "Colitis Ulcerosa concomitante con stress laboral, y otro denominado ganglio dorsal muñeca derecha y cuadro de fibromialgia en el miembro superior derecho" ocasionado por la actividad laboral, de las cuales tuvo conocimiento la demandada. (fls. 3 a 9).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en esta. En lo atinente a los supuestos fácticos del libelo introductor indicó ser ciertos los enlistados en los numerales 1, 3 al 6, 8 al 10, 14, 16, 17, 20, 27 y 36, aceptó parcialmente los hechos 18 y 29, y los demás dijo no constarles o ser ciertos, precisando que la justa causa de la terminación del contrato fue por las faltas graves de la demandante al no cumplir con las órdenes e instrucciones para el desarrollo de su labor, además, que la terminación unilateral del vínculo no es una sanción disciplinaria. Propuso como excepciones de fondo las que denominó mala fe de la demandante o dolo civil contractual, inexistencia por causa para demandar y falta de afectación de los derechos reclamados por el actor, cumplimiento de las normas, cobro de lo no debido y pago, incumplimiento del contrato por parte de la actora, buena fe y genérica. (fls. 165 a 192).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de febrero del 2020, en la que el fallador declaró probadas parcialmente las excepciones propuestas por la encartada; declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de mayo del 2005 y el 3 de octubre del 2015 y en esa medida condenó a pagar a la encartada de forma indexada la suma de \$88.370,45, por concepto de diferencia entre las vacaciones reconocidas en la liquidación y las que tendría derecho, absolviendo de las demás pretensiones incoadas en su contra. Finalmente, no condenó en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto indicó que no existe controversia respecto del vínculo laboral que ató a las partes, ni sus extremos, tampoco la labor que ejecutó. En esa medida, luego de hacer alusión a las pruebas allegadas al proceso indicó que entre la demandante y algunos de sus subalternos se presentaron diferencias y situaciones que llevaron a que estos últimos se quejaran por el trato que le dispensaba su superior. Refirió que la actora tenía a cargo un número de personas a su cargo y respecto de ellos ejercía labores de coordinación y dirección, encontrando que aquellos tenían inconformidad con su superior, entorno que ya había sido puesto en conocimiento en pretéritas oportunidades al empleador, sin que se hubiera adelantado por el Comité de Convivencia alguna gestión.

No obstante, aclaró que ello no implicaba el descontento de los trabajadores no hubiera existido, máxime cuando la actora tenía conocimiento de tales situaciones y en lo que tiene que ver con la inmediatez se había cumplido, dada la comunicación de fecha 29 de septiembre del 2015 que motivó la reunión de los trabajadores llevada a cabo el 1 de octubre del mismo año, posteriormente, a rendir descargos, concluyendo así la improcedencia de la condena de la indemnización por despido sin justa causa. En lo que respecta a la indemnización moratoria solicitada adujo que era improcedente su condena, en tanto que las vacaciones no hacían parte de salarios y prestaciones sociales. Frente a los perjuicios morales rogados señaló que como quiera que no se impartió condena sobre la indemnización por despido sin justa reclamada no están llamados a prosperar. (Cd a fl.187)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Inconforme con la anterior decisión la actora formuló recurso de apelación manifestando que en relación a la indemnización por despido sin justa causa negada, fue ella quien puso en conocimiento de las directivas de la encartada un correo electrónico proveniente del señor Alejandro Acosta que le reclamaba acoso laboral, sin que se tomaran medidas internas hacia ella y, por tanto, al no conocer de aquellas conductas no pudo identificar cual eran las razones que resaltan las quejas que se elevaban en su contra, para tomar las medidas pertinentes.

Sostuvo que no hubo inmediación respecto de las acciones preventivas, correctivas y demás que tomó la demandada respecto a las quejas que en ese momento se presentaron en contra de ella a efecto de que se mitigará de alguna manera las conductas de acoso laboral. Finalmente, indicó que debía proceder la condena sobre la indemnización moratoria por el no pago completo de las vacaciones, además, de los perjuicios morales que solicitó en su escrito de demanda. (Cd a fl.187)

5. Alegatos de la parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que al interior de la sociedad no existía un procedimiento establecido conforme a los lineamientos que trata para ello la denominada Ley 1010 de 2006, referente a Acoso Laboral. Indicó que, si bien hace referencia a permanentes quejas de los empleados no ahonda en factores de tiempo modo o lugar de estas, pues solamente hace un señalamiento escueto y al formularse las preguntas sobre quejas presentadas con anterioridad admiten que no se les dio trámite por el Comité de Convivencia Laboral.

Refirió que la demandada no determinó, ni probó la configuración efectiva de la conducta desplegada al parecer por la actora, conforme a lo establecido en la citada Ley, además, porque sus conductas obedecen a las propias del cargo que ella desempeñaba como administradora, propias para la exigencia del rol que cumplía y para mantener la adecuada disciplina.

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 despido de la trabajadora fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?
- (ii) ¿Es procedente impartir condena a título de perjuicios extrapatrimoniales así como a la sanción del que trata el artículo 65 del CST, como consecuencia de la terminación del contrato laboral a la actora?
- (iii) ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para absolver el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pues se encuentra demostrado que no se canceló de manera completa la compensación de las vacaciones?

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 la labor de Administradora de Cinemas ejercida por el accionante, ni que aquella devengó para la fecha del finiquito de la relación laboral la suma de \$2.938.965; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo y sus otros sí (fls.17 a 26); carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 27) y certificación laboral (fl. 53).

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 absolución 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 no tener en cuenta que no conoció de las reclamaciones sobre conducta de acoso laboral que le atribuían sus subalternos, al punto que su empleador no tomó medidas internas para compeler la situación, máxime cuando no hubo tampoco intermediación en las conductas que se le imputan.

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, se debe resaltar que con arreglo al párrafo 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 variarlos, 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, a folios 27 del informativo 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, decisión que obedeció a que la trabajadora, como administradora encargada de los cinemas Unicentro de la ciudad de Villavicencio, incurrió en conductas de acoso laboral de acuerdo con la Ley 1010 de 2006, que se originaron a partir de las denuncias o quejas que presentaron algunos de sus subalternos, manifestando que es "*obligación elemental de naturaleza humana la de respetar y guardar estrictamente la moral y el trato digno para con sus colaboradores, resulta grave tanto para la dignidad de los trabajadores como para el normal desarrollo de las actividades del cinema que el 90% del personal a su cargo NO se siente satisfecho trabajando con usted y han presentado una queja relacionada con la forma como usted los trata, siendo esta la tercera vez que la compañía recibe este tipo de documentos por escrito de parte de colaboradores*".

Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a la gestora del litigio los motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada

acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folios 28 a 31 del cartapacio se encuentra el acta de descargos rendido, que da cuenta que le fue indagado a la actora acerca de la comunicación calendada del día 29 de septiembre, firmada por varios trabajadores, quienes manifestaron que se sienten acosados y maltratados laboralmente, asegurando que su superior *"no tiene el más mínimo respeto hacia nosotros los empleados ni los clientes"*, exponiendo para tal efecto sus inconformidades (fol. 160 a 162); lo que dio paso a que el 1 de octubre del mismo año el comité de convivencia hiciera presencia, entrevistando al personal, los cuales a su turno, en su gran mayoría señalaron su discordancia respecto de la actitud ofensiva por parte de la aquí actora.

Respecto de la diligencia, la actora negó los hechos atribuidos por sus subalternos, aludiendo que algún momento ha solicitado *"cosas que de pronto no están dentro del protocolo"*, y por eso se han molestado, explicando, sobre frases y palabras, tales como *"por qué están lento"*, *"ni no sirve"*, que aquellos a veces *"empiezan a anotar en papelitos y hacen puchitos y por la experiencia que yo tengo sé que están contando mal, ellos están diciendo la frase que más se les acomoda, si usted es cajero es bueno que empiece a tener agilidad y no contar con puchitos porque así no va a tener agilidad para contar el dinero. Lo de "clientes y empleados se consiguen todos los días", tampoco."*

No obstante, al plenario se allegaron, además, las declaraciones de los señores Gladys Escobar Betancourt (directora talento humano) y Alejandro Acosta Cortes (director operativo), testigos de la parte demandada, quienes al unísono y en forma coherente, afirmaron que recibían constantemente quejas de sus subalternos respecto del trato que la actora ejercía en contra de ellos desde el año 2013 hasta el momento del finiquito y narraciones de la forma en que los acosa laboralmente. De hecho, la citada declarante refirió, entre otras cosas, que recibió queja de una de las trabajadoras quien informó que la actora la desvistió para evidenciar que no llevaba ningún objeto que no le correspondiera. En tanto que el segundo advirtió que se recibieron tres quejas formales, frente a las cuales fue mediador, sin embargo, en virtud de la visita del Comité de Convivencia realizó la diligencia de descargos, la cual tuvo como soporte la carta que allegaron en las denuncias los trabajadores.

Dichas declaraciones no fueron desvirtuadas por el dicho de las señoras Marcela María Carrillo Romero (compañera de trabajo) y Yulieth Mayerly Celis (compañera de trabajo), toda vez que, si bien adujeron que la actora era estricta en el direccionamiento de las labores dentro del cinema, lo cierto es que en su relato dejaron entrever que no tuvieron conocimiento directo de las situaciones que se le imputaron a la trabajadora por sus subalternos y que motivaron posteriormente la terminación del vínculo laboral con justa causa. En lo que hace a la declaración del señor Luis Alberto Ordoñez (administrador), no le constó ningún hecho en tanto que aquel era *"supernumerario"*, es decir, quién reemplaza a los administradores en varias de las sedes de la encartada.

De conformidad con el caudal probatorio, la Sala concluye que quedó suficientemente demostrado que se presentaron los hechos indicados en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se acreditó que la conducta que se le imputó a la actora con el objeto de fenecer el vínculo laboral con justa causa fue la denuncia que se presentó por sus subalternos relativa a que aquella realizaba actos humillantes en su lugar de trabajo en contra de estos, aprovechándose de su condición de superior jerárquico; situación que fue ratificada con las documentales allegadas, que dan cuenta que la promotora de la litis realizaba verbalmente descalificativos, conducta que a todas

luces resulta reprochable y desconocedora del trato digno y ejemplar que debía dispensar, máxime cuando aquella era la persona que administraba el cinema y tenía a su cargo un número importante de colaboradores.

Además, lo anterior refleja sin equívocos que aquellas conductas que se le atribuían eran de su conocimiento, pues, básicamente lo que llevó a la realización de diligencia de descargos fue precisamente la comunicación de los trabajadores sobre los malos tratos que recibían por la trabajadora, lo cual motivó a que el Comité de Convivencia Laboral se reuniera con los trabajadores a efectos de escuchar sus denuncias, mismas que debía encarar, no solo en ante dicho comité, sino a la postre en los descargos que se realizaron, reiterándose que la base de las preguntas fueron aquellas denuncias.

En el mismo sentido se indica que, aunque en la carta de terminación del contrato de trabajo se alude a dos denuncias presentadas en el año 2013 y 2014 en contra de la aquí actora, ello se hizo para significar que de tiempo atrás se presentaban las quejas de acoso laboral en su contra, por manera que lo determinante del fenecimiento del vínculo laboral, contrario a lo señalado por la censura, fue principalmente la actividad que desplegó el Comité de Convivencia y su labor investigativa al indagar las razones por las cuales los trabajadores exigieron a su empleadora que tomará medidas pertinentes para repeler tal actuación de la trabajadora, pues sin dicha verificación no habría tenido el material suficiente para comprobar las quejas de acoso laboral que venía recibiendo de tiempo atrás, el motivo del llamado a la trabajadora a descargos y posteriormente el despido.

De hecho, en lo que hace al reproche traído a colación por la censura, fundamentado con que no hubo inmediatez en las conductas, dicha circunstancia no merece ninguna crítica, no solo por las razones atrás indicadas, sino, además, porque la razón que llevó el finiquito del laborío fueron las denuncias que se presentaron por los trabajadores mediante comunicado adiado el 29 de septiembre del 2015, de allí que sea oportuno de cara a la fecha de culminación.

Por todo lo dicho, no es desacertada las inferencias a las que llegó el A quo cuando halló acreditadas las conductas que se enrostran en la carta de terminación del contrato de trabajo por parte de su otrora empleadora, cuando salta la vista que el comportamiento desplegado por la gestora del proceso frente a sus subalternos se enmarcan en el numeral 2º, literal a) del artículo 62 del CST, que consagra que todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra de los compañeros de trabajo, entre otras, constituye una justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que la señora JENNY SANTANA MOLANO no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará en este punto la sentencia proferida en primer grado.

Indemnización de perjuicios morales

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 es

considerado 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 tal como lo coligió el juzgador de primer grado, 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 la censura, 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 esta se basó en la conducta que ejerció la trabajadora respecto a sus subalternos, que justificó su finalización, de manera que su obrar no tenga fuente inmediata en un hecho antijurídico o un obrar negligente, como lo pretende hacer valer la demandante, sino por el contrario, su actuación se enmarca dentro de la legalidad.

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 confirmará la sentencia proferida en primera instancia en lo que hace a este punto.

- **Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.**

Frente a esta inconformidad es preciso señalar que no obstante de haberse condenado por el A quo a la reliquidación de las vacaciones, la improcedencia de la indemnización moratoria solicitada salta a la vista, pues, no es viable imponer su condena en tanto que aquella prestación económica es apenas un descanso remunerado que ningún modo constituye una prestación social, tal como lo ha repetido en ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 2142-2021 que reiteró la SL 4510-2018).

Conforme a lo anterior, 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.

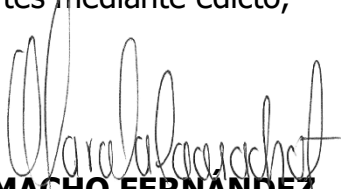
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

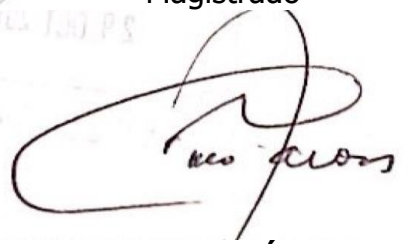
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero del 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de la señora Jenny Santana Molano.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

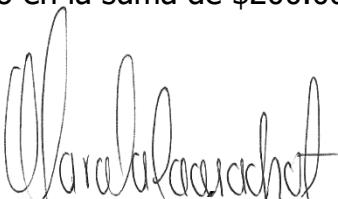

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


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 demandado y a cargo de la señora Jenny Santana Molano 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: **JESUS ANTONIO VARGAS OROZCO**
DEMANDADO: **FINAGRO**
RADICACIÓN: **110013105-038-2019-00519-01**
ASUNTO: **APELACIÓN**
TEMA: **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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 JESUS ANTONIO VARGAS OROZCO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral contra el FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO – FINAGRO, con el fin que se declare la inexistencia del despido sin justa causa por gozar de estabilidad laboral reforzada, al tener cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro hasta tanto sea reconocida la pensión de vejez e incluido en nómina de pensionados, se ordene los perjuicios por daño moral, y a la vida de relación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cuenta con 64 años de edad, ostentando la calidad de adulto mayor; que tiene en curso un proceso judicial anulando el traslado de régimen pensional que hiciere en el año de 1994 a PORVENIR S.A.; que para la fecha de despido contaba con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación; que el 12 de agosto de 2015 celebró con FINAGRO un contrato a término indefinido bajo la modalidad de salario integral; que el 19 de noviembre de 2018 FINAGRO decidió dar por terminado el contrato de trabajo, a sabiendas que cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación; que el despido le ha causado ingentes perjuicios irremediables; que sobre la indemnización y liquidación del contrato le efectuaron descuentos de créditos que pagaba en la modalidad de libranza; que FINAGRO nunca requirió al demandante para que iniciara los trámites atinentes a obtener la pensión de vejez ante el respectivo fondo privado; que siempre ha dependido económicamente del salario fruto de su trabajo personal; que a raíz del fallecimiento de su esposa en diciembre de 2014 es beneficiario de la pensión de sobrevivientes por valor de \$ 1.800.000, pero es insuficiente, por lo que continuó laborando; que el despido intempestivo le ha generado profundas

afectaciones emocionales, constitutivas de daño moral y daño a la vida de relación; que debido a su edad le ha sido difícil conseguir un nuevo trabajo; que el 9 de mayo de 2019 el Juzgado 32 Laboral del Circuito declaró la nulidad de traslado y el regreso al régimen de prima media con prestación definida, decisión que está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta ante el Tribunal; que actualmente se encuentra en una situación económica deplorable, debiendo acudir a la misericordia de familiares y amigos (Fol. 108 a 118 expediente digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 178 y 179 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones: FINAGRO se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que carecen de fundamento fáctico y legal, ya que no existe ninguna norma que establezca la estabilidad laboral reforzada para un trabajador que cuente con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues ni siquiera por vía jurisprudencial se ha determinado la estabilidad laboral que pregona el demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa es plenamente eficaz, inexistencia de la obligación, buena fe, y prescripción.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a FINAGRO de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante, gravándolo en costas procesales. (fls. 1 y 2 Acta sentencia, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la relación laboral entre las partes del 12 de agosto de 2015 hasta el 19 de noviembre de 2019, y que el mismo término sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización; y en lo relacionado con el reintegro y demás pretensiones consecuenciales, impartió absolución ya que no existe norma que permita establecer una estabilidad laboral reforzada respecto de un trabajador que al momento del despido cuente con los requisitos para pensionarse; que de tenerse en cuenta el concepto de prepensionado, sobre el mismo la Corte Constitucional ha establecido en sentencia SU003 de 2018 que solo se garantiza la estabilidad en el empleo de las personas que les falte tiempo de servicios, y no edad, pues lo que se protege es que no se le trunque la expectativa de alcanzar el mínimo de semanas cotizadas para pensionarse.

Que de conformidad con el artículo 64 del CST, no se prevé el reintegro cuando el empleador hace uso de la facultad legal de terminar el contrato de trabajo sin justa causa, dado que se reconoce la indemnización; que en el caso bajo examen no se trasgredieron derechos de rango constitucional o fundamental, ya que a mediano o corto plazo al tener acreditado los requisitos pensionales, podía acceder a la prestación, además se le reconoció una indemnización.

Que no le es aplicable lo dispuesto en la ley 797 de 2003, en lo relacionado con que el empleador no puede terminar el contrato de trabajo hasta tanto no esté incluido en nómina de pensionados, pues tal facultad es para terminaciones de contrato con justa causa, y lo que aconteció en el sub examine es una terminación del contrato sin justa causa con el reconocimiento de indemnización, de quien ya contaba con los requisitos para causar y disfrutar de la pensión, independiente del régimen pensional al que estaba afiliado.

Finalmente, que no existe vulneración de derechos fundamentales, pues ni siquiera se impetró acción constitucional en tal sentido al momento de finalizar el contrato.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del DEMANDANTE, quien solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que considera que el a quo solo se limitó a realizar un análisis legal, pero no tuvo en cuenta las situaciones especialísimas del actor, ya que se trata de un sujeto de especial protección debido a su edad; que el análisis del juez no fue la hipótesis jurídica propuesta por la parte demandante; que sí se intentó a través de la acción de tutela reclamar el reintegro, pero fue negada por improcedente; que se desconoció la situación particular del demandante, como sus ingresos y deudas al momento del retiro, los descuentos efectuados sobre la indemnización, y en fin circunstancias especialísimas que no se tuvieron en cuenta por el empleador al momento de finalizar el contrato; que en análisis debía ir más allá de la aplicación del artículo 64 del CST; que el empleador incumplió sus deberes constitucionales como empresa, vulnerando derechos fundamentales del actor como la dignidad humana y el mínimo vital; en definitiva, pide que se revoque la decisión de instancia y se conceda las pretensiones en la manera como fueron peticionadas en la demanda.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que no tienen ningún fundamento de hecho ni de derecho; que en relación con la condición de pre pensionado la Corte Constitucional de pronunció en sentencia SU-003-2018, estableciendo que tal figura no aplica a quien ya tenga cumplido las semanas o tiempo cotizado, faltándole solo el requisito de la edad; que al finalizar la relación laboral se le reconoció la indemnización del artículo 64 del CST, razón por la cual no es atendible la pretensión sobre perjuicios.

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: ¿Hay lugar al reintegro en el trabajo cuando la terminación del contrato se produce sin justa causa?

Terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: la existencia de la relación laboral entre el actor y FINAGRO, por el lapso comprendido entre el 12 de agosto de 2015 al 19 de noviembre de 2018, pues de ello da cuenta la documental de folios 149 a 150, 158 y 163, contentivo del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda; así mismo, no es objeto de discusión que mediante documento del 19 de noviembre de 2018 FINAGRO le comunica al demandante que *"ha decidido dar por terminado unilateralmente y sin justa causa su contrato de trabajo, reconociendo el pago de la indemnización de que trata el artículo 28 de la ley 789 de 2002, el cual se hizo efectiva a partir del 19 de noviembre de 2018 (Fols. 158).*

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito colegir es que de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1200 de 1993, las relaciones laborales de FINAGRO se rigen por "las disposiciones del derecho laboral privado" contenido en el CST.

Así las cosas, la controversia radica en establecer si el a quo se equivocó al considerar que FINAGRO ejerció la potestad legal que establece el artículo 64 del CST, al finalizar el contrato de trabajo sin justa causa con reconocimiento de la indemnización, o por el contrario, debía sopesar la "situación especialísima" pregonada por la parte actora según el cual el demandante es un sujeto de especial protección, y que en esa medida no se podía terminar su contrato de trabajo de manera sorpresiva, dejándolo en una difícil situación que afectó su dignidad humana y el mínimo vital y móvil.

Sobre el punto, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa se deberá reconocer la indemnización, misma que comprende el lucro cesante y el daño emergente. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha venido sosteniendo que en la terminación del contrato de trabajo sin justa causa también puede resarcirse el daño moral, siempre y cuando *"se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial"* (SL14618-2014)

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en la sentencia SL3424-2018, en la cual se estudia un problema jurídico similar al aquí puesto en consideración, esto es, en solicitar el reintegro de un trabajador que fue despedido sin justa causa, donde se discutía por la parte actora la vulneración de derechos de rango constitucional, incluso hizo hincapié en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de San Salvador, incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante ley 319 de 1993.

En ese momento, la Corte determinó que no tiene asidero la afirmación según el cual en el Protocolo Adicional de San Salvador existe un imperativo de reintegro en el trabajo cuando la finalización del contrato se produce sin justa causa, igualmente que lo dispuesto en la regulación interna (Artículo 64 del CST) no desconoce ni contradice la regulación internacional, en la medida en que *"ambos postulados jurídicos consagran la potestad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, junto con el pago de una indemnización a cargo del empleador"*, y que *"tampoco dicha disposición trasgrede los principios materiales de la Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral"*.

Establece también la Corte que la Constitución Política reconoce el derecho a la libertad de empresa, en la que también está implícita la dirección de las relaciones de trabajo, esto es, la potestad que tiene el empleador de finalizar las relaciones laborales; no obstante, tal poder empresarial menciona la Corte no es absoluto, pues se encuentra limitado por *"los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa"*.

Igualmente, en tal providencia se adoctrina que los puestos de trabajo no son de los trabajadores, ya que ello le restaría eficacia a la potestad del empleador estatuida en el artículo 64 del CST, al igual que la garantía de la estabilidad en el empleo

tampoco es absoluta ni *"implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual"*.

En síntesis, dice la Corte que el empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico.

Ahora, para lo que interesa en las resultas del proceso, la Corte menciona que, para verificar esa potestad discrecional del empleador, se debe diferenciar entre el despido ilegal o arbitrario y el despido sin justa causa, consistiendo el primero en la vulneración a la legalidad del despido o en su forma de realizarlo, y el segundo se define como la potestad que tiene el empleador conforme a la regulación laboral.

En ese orden, para echar al traste la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, se requiere según la Corte acreditar que el finiquito contractual fue "ilegal o arbitrario", o que gozara de estabilidad laboral reforzada, circunscribiéndose el concepto arbitrario en circunstancias como que *"su despido fue violento, discriminatorio o a raíz de una situación de acoso laboral"*, entre otras.

Así las cosas, descendiendo al sub examine, nótese que el contrato de trabajo que ligó a las partes en contienda terminó el 19 de noviembre de 2018 de manera unilateral por FINAGRO (Fols. 158), con el reconocimiento de una indemnización por valor de \$55.337.995 (Fol. 163), lo que connota que se efectuó ceñido a lo establecido en el artículo 64 del CST, esto es, en ejercicio de la potestad que la ley le otorga al empleador, y en ese orden, de ninguna manera podría configurarse un despido ilegal.

Ahora, en lo que refiere a la arbitrariedad, que es donde puede estudiarse la "llamada situación especialísima" a que alude el apoderado judicial del actor, acota la Sala que tampoco se configura, por las siguientes razones.

En lo relacionado con que al momento del despido contaba con una avanzada edad que no le permitía conseguir un nuevo trabajo, debe decirse que las relaciones laborales *"no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin..."* (C107-2002), siendo uno de los limitantes en estos aspectos, el hecho de que el trabajador se encuentre a menos de 3 años para cumplir con los requisitos para pensionarse, específicamente el requisito del tiempo mínimo requerido, ya que si tiene acreditado la edad, no aplica la protección de estabilidad laboral reforzada de prepensionado (SU003-2018), y en el sub examine, no puede aflorar esta protección constitucional, ya que para el 19 de noviembre de 2018, contaba con 63 años de edad (fol. 15), y más de las 1.300 semanas tal como se informa en la resolución expedida por COLPENSIONES, causándose la pensión incluso desde el 08 de abril de 2017 (Fol. 8 y 9 anexo expediente digital).

Tampoco se encuentra acreditado algún acto discriminatorio o a raíz de una situación de acoso laboral, pues la súplica del actor se contrae a exponer aspectos particulares y económicos, en la medida en que la indemnización reconocida cubrió un gran porcentaje el pago de libranzas que tenía para ese momento, quedando según su dicho afectado en su mínimo vital y móvil; no obstante, tales afirmación no pueden

llevar a declarar la inexistencia del despido como lo pretende, ya que el empleador actuó ceñido al ordenamiento jurídico, en plena aplicación del artículo 64 del CST, con el reconocimiento de la indemnización.

Del mismo modo, si bien es cierto, la pérdida del empleo genera en el individuo frustración, tristeza, sentimientos negativos, o afectación de su situación económica, ello no da lugar al restablecimiento del vínculo laboral a través del reintegro, ya que en esa medida se haría inaplicable la facultad que la misma ley le otorga al empleador de prescindir de los servicios del trabajador, o lo que es lo mismo, sería tanto como decir que en el régimen laboral no existe el artículo 64 del CST.

Finalmente, en lo que respecta a la vulneración de derecho fundamentales, acota la Sala que en efecto el actor pretendió a través de la acción de tutela el reintegro (Fols. 164 a 174), misma que le fue denegada por improcedente, y que el a quo paso por alto; sin embargo, ello no cambia la decisión sustancial a la que arribó el sentenciador primigenio, dado que en lo sustancial, desde ningún punto de vista puede prosperar el reintegro declarando la inexistencia de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, en la medida en que no se encuentra demostrado que el actor haya estado protegido por alguna estabilidad laboral reforzada que haga ineficaz la terminación del contrato de trabajo.

Bajo ese horizonte, sin que haya más decir, 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

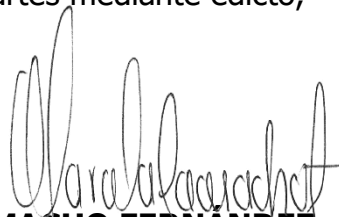
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de junio de 2021 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

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

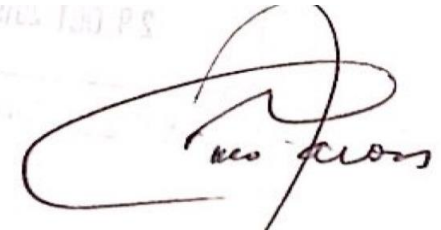
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(*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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ BERTHA LOPEZ CAMACHO
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-026-2019-00634-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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 JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ BERTHA LOPEZ CAMACHO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS 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 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 20 de noviembre de 1979; que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 01 de julio de 1995; que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 01 de noviembre de 2013; que la AFP PORVENIR S.A., como COLFONDOS S.A. no le brindaron asesoría al momento del traslado; que el 24 de mayo de 2019 recibió de COLFONDOS S.A. respuesta a una solicitud, en la que le informan que la información al momento del traslado era verbal, así como una proyección de su mesada pensional en el RAIS de \$ 936.600; que elevó solicitud el 02 de mayo de 2019, sobre la información recibida al momento del traslado ante PORVENIR S.A., pero esta guardó silencio; que elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES el 10 de junio de 2019, pero le fue negada por improcedente el 11 de junio de 2019 (fols. 3 a 11).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 42); 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 demandante cuenta con plena validez, además la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 43 a 48).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen se efectuó con el lleno de los requisitos legales establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, aunado a que no allega prueba que permita concluir algo diferente. 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. 85 a 107).

3.3 AFP COLFONDOS S.A. En la oportunidad legal se allanó a las pretensiones de la demanda (Fol. 69)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de abril 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 la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que efectivamente la actora se trasladó el 30 de junio de 1995 a Horizonte, hoy PORVENIR S.A., y posteriormente el 30 de septiembre de 2013 a COLFONDOS S.A., pero no se demuestra por ninguna de las AFP que se haya brindado la información que se exige en este tipo de procesos; que en el interrogatorio de parte solo se manifestó que llegó el asesor al lugar de trabajo, pero solo le informaron que el ISS estaba sin liquidez y además tenía muchos problemas, siendo lo más conveniente afiliarse en el fondo privado, es decir, del interrogatorio no se desprende confesión alguna por parte de la actora.

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 sus rendimientos financieros y sin que tenga lugar descontar suma alguna por concepto de administración, 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, solo condenó en costas a PORVENIR S.A.

6. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes activó la alzada, razón por la cual se envió el expediente ante el tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta.

7. Alegatos de conclusión:

DEMANDANTE.: Esgrime que la demandante logró demostrar la nulidad del traslado por falta de información cierta, clara y oportuna a cargo de la AFP; que la AFP le omitió información al momento del traslado de régimen; que las AFP no cumplieron con su obligación legal; en síntesis solicita que se conforme la decisión de instancia.

COLPENSIONES: Manifiesta que no es procedente declarar la nulidad, ya que obran elementos probatorios que conllevan a determinar que el traslado fue de manera libre y voluntaria, con el suministro de la totalidad de la información clara y precisa; que no se logra observar vicios en el consentimiento; que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2002, artículo 2, literal E.

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 quedó en el formulario de vinculación; que el a quo realizó una apreciación errónea del deber de información; que el traslado reviste de plena validez, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones correspondientes al deber de información; que la demandante contó con las oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo; que la inconformidad del demandante solo lo es en el monto pensional, sin que ello lleve a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que durante el periodo de vinculación los descuentos para gastos de administración y seguros previsionales cumplieron con su finalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y de la SS, se revisará en su integridad la sentencia de primera instancia en favor de COLPENSIONES.

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 sana 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 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 LUZ BERTHA LOPEZ CAMACHO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 20 de noviembre de 1979, con cotizaciones hasta el 31 de junio de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 21); que el 30 de junio de 1995 se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (Fol. 33), y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 30 de septiembre de 2013 (fol. 33), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fol. 17 a 20).

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 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 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 específica 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 desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP 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 el afiliado sea profesional, pues el hecho de que la accionante sea economista no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 Porvenir 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 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 comprensible 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 30 de junio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, 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

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 del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, 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 adocinado, 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 COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a PORVENIR S.A. como primera AFP donde se vinculó la actora, asimismo, se dejó por fuera de la condena de manera expresa el concepto de comisiones y, por ende, habrá de adicionarse en la parte resolutive estos conceptos.

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

Sin costas en esta instancia por haberse revisado la decisión de instancia en el grado jurisdiccional de consulta. 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 20 de abril del 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, 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. Las de primera, se confirman.

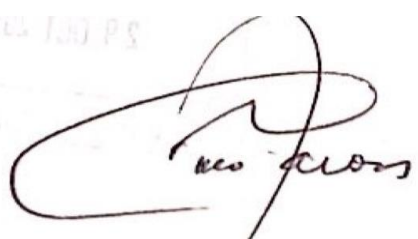
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: JOSE NEMECIO MORENO RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y MINHACIENDA.
RADICACIÓN: 110013105-009-2019-00088-02
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de julio 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. JOSE NEMECIO MORENO RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que la demandante continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Colfondos 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, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectuó su traslado. Así mismo, que se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de la AFP Colfondos. 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 realizó cotizaciones a la extinta CAJANAL entre el 26 de mayo de 1980 al 30 de noviembre de 1994; que para el mes de noviembre de 1994 suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A.; que COLFONDOS S.A. no le informó sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, siendo inducido en error; que el 08 de noviembre de 2018 recibió una simulación pensional en la que a la edad de 62 años obtendría una mesada pensional de \$ 1.890.000, mientras que en el RPM ascendería a \$ 4.941.435; que el 19 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pero le fue negado a través de respuesta del 22 de noviembre de 2018; que COLFONDOS S.A. mediante oficio del 23 de noviembre de 2018 le negó el traslado de régimen (fol. 1 a 16).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 111); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones, aunado a que los asesores brindaron al demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen; que no se está vulnerando su derecho pensional, ya que puede obtener la pensión en el RAIS siempre y cuando cumpla los requisitos de ley; que no se demuestra el error, fuerza o dolo en la afiliación; que el traslado se efectuó cumpliendo las directrices de la Superintendencia Financiera de Colombia. Propone como excepciones de fondo 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 de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligaciones a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fols. 176 a 194).

3.2 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que deberá probarse por parte del actor el engaño u omisiones que pudo cometer COLFONDOS S.A., además que el traslado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, encontrándose válidamente afiliado al RAIS. Asimismo que no es beneficiario del régimen de transición y 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 imposibilidad de declaratorio de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica (fols. 116 a 128).

3.3 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que en lo que respecta a sus funciones emitió y redimió un bono pensional tipo A con destino a COLFONDOS S.A., sin que actualmente tenga obligación alguna por atender en relación con el beneficiario; que en el evento de declararse la nulidad del traslado, debe COLFONDOS S.A. o el demandante reintegrar a la Nación el valor del bono pensional debidamente actualizado, desde la fecha del pago hasta que se haga el respectivo reintegro. Propuso como excepciones de fondo las buena fe y la genérica (fol. 219 a 232).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de junio de 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probada la excepción de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado, gravando en costas al demandante.

La decisión del Juez se basó en que si bien no se demostró por parte de COLFONDOS S.A. el suministro de la información al momento del traslado, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencia la SL1452 de 2019, y ello se corrobora con el dicho de los testigos Omaira Rojas y Cesar Betín, quienes informaron que fueron compañeros de trabajo del actor en el INPEC, donde llegaron unos asesores del fondo privado a persuadirlos para trasladarse de régimen bajo el argumento de que CAJANAL se iba a acabar; lo cierto es que, se constata en el expediente que el actor ostenta la calidad de pensionado por COLFONDOS S.A. en la modalidad de ahorro

programado, conforme al oficio de fecha 26 de octubre de 2018, razón por la que, en aplicación de lo dispuesto en las sentencias C-841-2003 y C-1024-2004, relativas al régimen de ahorro individual y la modalidad de pensión a través de retiro programado, no puede declararse la ineficacia de la afiliación, ya que ello conllevaría la afectación de situaciones consolidadas, como el haber redimido el bono pensional tipo A por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Igualmente, recordó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL373-2021, establece que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado en tratándose de pensionados, ya que no se pueden retrotraer situaciones jurídicas consolidadas, como el bono pensional o el pago de mesadas pensionales; que en el sub examine, una vez adquirida la calidad de pensionado se presenta el saneamiento de la nulidad por ratificación.

5. Impugnación y límites del ad quem. El apoderado judicial de la parte demandante presenta recurso de alzada, insistiendo en que la a quo desconoció el precedente horizontal y vertical en esta clase de procesos; que desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con el deber de información a cargo de las AFP, ya que debe existir un consentimiento informado al momento del traslado; que aplicó de manera indebida la sentencia SL373-2021, ya que aquella hace alusión al demandante pensionado y no como en el caso de autos, en la cual para la fecha de presentación de la demanda el actor no era pensionado sino afiliado, ello en la medida en que solo hasta enero de 2020 hizo efectiva la prestación debido al retiro como trabajador del INPEC, además que requería percibir su pensión para su congrua subsistencia; que para la fecha de presentación de la demanda las condiciones de su afiliación se encontraban viciadas, y ello fue lo pretendido, razón por la que no podía la a quo aplicar la sentencia SL373 de 2021; que la juez primigenia debió ceñirse al problema jurídico consistente en declarar o no la ineficacia del traslado como demandante afiliado y no pensionado; que la decisión vulnera el principio de seguridad jurídica y buena fe, ya que para el momento de la presentación de la demanda el precedente jurisprudencial permitía incluso demandar la ineficacia siendo pensionado; y finalmente, que no se debió condenar en costas.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante.: Aduce que el demandante para la fecha en que presentó la demanda, esto es, en el mes de enero de 2019 era afiliado y no pensionado, ya que tal calidad la viene a concretar en enero de 2020; que la posición de la Corte es muy clara en relación con el cambio de criterio, al mencionar de manera expresa que se aplica “cuando quien demanda es un pensionado”, calidad que no ostentaba el demandante al momento de incoar la demanda; que debe tenerse en cuenta el principio de confianza legítima en la administración de justicia, y el principio de buena fe.

Colpensiones: Solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, dado que el actor cuenta con una pensión de vejez reconocida por COLFONDOS S.A. desde el año 2019; que debe darse aplicación a la sentencia SL373-2021 donde establece la improcedencia de la ineficacia del traslado en tratándose de pensionados.

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 el siguiente **problema jurídico principal** ¿Procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional del señor JOSE NEMECIO MORENO RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., pese a ostentar la calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado? Para lo cual se abordará los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es procedente aplicar el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL373-2021, a pesar de que la calidad de pensionado del RAIS se adquiere en el transcurso del proceso? (ii) ¿El a quo debe tener en cuenta los hechos sobrevinientes al momento de dictar sentencia?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JOSE NEMECIO MORENO RODRIGUEZ, cotizó a CAJANAL del 03 de mayo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1994 (Fol. 34 a 53); que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 09 de noviembre de 1994, como se evidencia el formulario de afiliación (fol. 162); que el 26 de octubre de 2018, COLFONDOS S.A. le aprueba la solicitud pensional en la modalidad de retiro programado, con fecha de adquisición del derecho el 01 de noviembre de 2018 (Fol. 164 a 174).

En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *"abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado"*.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer"*, ya que ello conllevaría a configurar *"disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa menciona que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia se determina las características de su mesada pensional.

Al margen de lo anterior, ha de ponderar la Sala que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación del consentimiento informado de la AFP no solo se debe atender en la antesala del traslado, sino también: *"durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*, regulación que permite inferir que una vez solicitada y obtenida la prestación económica de vejez ante la AFP y entrado en el pleno disfrute pensional, la falta de información integral en el traslado inicial entre regímenes pensionales deja de ser relevante, en tanto se trata de una persona adquirente de un nuevo status como pensionado, acto jurídico en la que la AFP le pone a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, tal como se detalla en la documental de folios 165, y a consecuencia de ello, el actor escoge la modalidad de retiro programado con redención del bono pensional, lo que llevó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir la resolución No 18399 del 24 de agosto de 2018 (Fol. 214 a 217); igualmente, a pesar de que no obra en el expediente los desprendibles de pago de la prestación, o certificación de la fecha en que se comenzó su disfrute, lo cierto es que, el apoderado judicial de la activa, en el transcurso del proceso, esto es, en los alegatos de conclusión y en la alzada, indica que debido al retiro del actor del INPEC, comenzó a disfrutar de la pensión en el mes de enero de 2020, manifestación que se tendrá como confesión a través de apoderado judicial de que trata el artículo 193 del CGP.

Circunstancias que resultan relevantes jurídicamente, y que no puede pasar de soslayo para la Sala, pues si bien es cierto, la ineficacia de la afiliación y traslado inicial al RAIS conlleva restablecer el *status quo*, no lo es menos que no puede desconocerse la voluntad del actor de escoger libremente la modalidad pensional suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos legales particulares, concretos y oponibles, aunado a que la decisión con la cual se concedió la pensión de vejez en el RAIS le permitía la posibilidad de presentar solicitud de reconsideración, sin que se demuestre en el legajo inconformidad alguna respecto del reconocimiento pensional, ni mucho menos que se ponga en entredicho la falta de información al momento del traslado inicial en el año de 1994, razón por la cual, una vez despuntó el disfrute pensional a partir del mes de enero de 2020, se consolidó plenamente la calidad de pensionado, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia se hace improcedente la declaratoria de ineficacia instada.

Ello así, al tratarse de un nuevo acto jurídico de naturaleza irrevocable, mal haría el operador judicial por la vía de la ineficacia del traslado dejar tal acto sin efectos.

Ahora, esgrime el apoderado judicial de la parte actora que debe aplicarse el precedente vigente al momento de presentar la demanda, o que no puede aplicarse el criterio expuesto en la sentencia SL373-2021, en tanto que se trata de un demandante pensionado, y en el proceso aquí debatido el actor presentó la demanda siendo afiliado, ello en la medida en que empezó a disfrutar de la pensión en el transcurso del proceso, aspectos que llevan a la Sala a traer a colación lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, relativo a que en la sentencia se tendrá en cuenta *"cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda"*, lo que en efecto acontece en el presente asunto, pues si bien para la calenda en que se presentó la acción judicial (22 de enero de 2019), la pensión de vejez estaba en trámite, y aun no estaba disfrutando de la prestación, lo cierto es que, al comenzar el disfrute pensional en el mes de enero de 2020 mutó de afiliado a pensionado, hecho sobreviniente que debía ser tenido en cuenta como en efecto lo hizo la a quo.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC, hoy 281 del CGP, relativo a los "hechos sobrevinientes", incluso en la sentencia SL2650-2020 en el transcurso del trámite del recurso extraordinario de casación el demandante acreditó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento pensional, lo que llevó a la Corte a reconocer el derecho prestacional, aduciendo que debe tenerse en cuenta los "hechos sobrevinientes" con el propósito de que las *"decisiones judiciales no resulten reñidas o ajenas a la realidad"*.

En el sub examine, en efecto las pretensiones incoadas están referidas a la ineficacia o nulidad del traslado de régimen en calidad de afiliado, y para esa calenda el criterio de la Corte Suprema de Justicia era el de la procedencia de la ineficacia del traslado, independiente de si era afiliado o pensionado; no obstante, con la sentencia SL373 de 2021, abandonó el criterio que venía sosteniendo sobre la ineficacia en tratándose de pensionados, criterio aplicable con efectos inmediatos, y no como lo quiere hacer entrever el actor que se excepcionan los procesos que se hayan radicado con anterioridad a la sentencia SL373-2021, o que deba verificarse si al momento de la interposición de la demanda era afiliado o pensionado, pues como se dijo, al criterio actual sostenido por la Corte es la improcedencia de la ineficacia del traslado de quienes ostenten la calidad de pensionados, muy a pesar de que tal calidad se haya concretado en el transcurso del proceso.

Finalmente, como en el sub examine ninguna pretensión está encaminada al reconocimiento de indemnización de perjuicios, ninguna disquisición se realizará al respecto.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá costas por no haberse causado. Las de primera se confirman, ya que de conformidad con el artículo 365 del CGP, la parte actora resultó ser la parte vencida en el proceso, y por ende se despacha de manera desfavorable la alzada en este aspecto.

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 08 de junio del 2021, por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

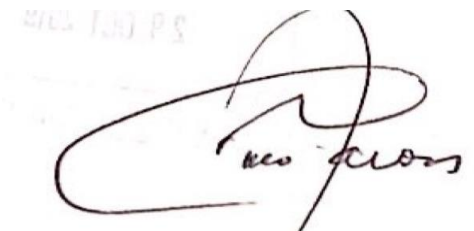
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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: **MARTHA PATRICIA PARDO AVENDAÑO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES.**
RADICACIÓN: **110013105-030-2019-00646-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DTE**
TEMA: **MESADA 14.**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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 MARTHA PATRICIA PARDO AVENDAÑO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la mesada catorce a partir del 01 de junio de 2012, los intereses moratorios, la actualización de las mesadas, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue pensionado del Banco Central Hipotecario, a partir del 13 de agosto de 1999; que en el año 2003 el Banco Central Hipotecario procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo en el ISS; que la pensión que venía recibiendo fue conmutada con el ISS, asumiendo este el pago de la pensión a través de resolución No 22815 del 18 de enero de 2013; que la mesada pensional para el 01 de abril de 2012 ascendía a \$ 1.420.428; que el ISS una vez asumió la pensión conmutada suspendió el pago de la mesada catorce a partir del 01 de junio de 2012; que radicó reclamación administrativa el 22 de febrero de 2019, sin respuesta por COLPENSIONES.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 34 y 35); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra, bajo el argumento de que la pensión reconocida se causó con posterioridad a la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a partir del 01 de abril de 2012, por lo que no le es dable el reconocimiento y pago de la mesada 14. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago, buena fe, y declaratoria de otras excepciones (Fol. 1 a 6 Archivo Digital No 2, Cd de folio 38)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, absolviendo a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por Martha Patricia Pardo Avendaño, gravándola en costas procesales (fls. 37 a 38, con CD de la audiencia).

Para resolver el problema jurídico de la procedencia o no de la mesada 14 a cargo de COLPENSIONES, indicó que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sentencia C- 409 de 2004, artículo 58 de la Constitución Política, y Acto Legislativo 01 de 2005, el actor causó la pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2011, data para la cual ya no se reconoce la mesada adicional o mesada 14.

Que COLPENSIONES hasta el mes de junio de 2012 cumplió con la obligación contenida en la conmutación pensional, y a partir de esa fecha reconoció la pensión de vejez legal de conformidad con el régimen de transición, y por ende, al tratarse de una prestación diferente a la conmutada, y haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011, le es aplicable lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de la DEMANDANTE, quien solicitó la revocatoria de la sentencia al estimar que debe condenarse a COLPENSIONES en razón a que la prestación fue conmutada con el ISS, donde la entidad empleadora realizó un cálculo actuarial que contenía la mesada 14, y la misma se pagó por más de 13 años y fue suspendida de manera arbitraria, además fue una conmutación pensional que se hizo mucho antes de la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante.: Solicita se revoque la decisión de instancia, ya que se desconoce el principio de buena fe y confianza legítima, además de ser la mesada 14 un derecho adquirido en favor de la demandante. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en sentencia SL1635-2018 en un caso similar al de la actora.

Colpensiones.: Aduce que debe mantenerse la decisión absolutoria, ya que la pensión de vejez fue reconocida a partir del 01 de abril de 2012, siéndole aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que al no encontrarse en las excepciones del citado Acto Legislativo, mal podría reconocerse la mesada catorce pretendida.

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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿COLPENSIONES al otorgar la pensión de vejez debe mantener el reconocimiento de la mesada 14 que había sido reconocida y venía siendo pagada por el empleador, en virtud de la conmutabilidad pensional? en caso positivo iii) ¿Proceden los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

CONMUTABILIDAD PENSIONAL Y MESADA 14

Lo primero que viene a propósito memorar es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado al respecto que *"Mediante esta figura el I.S.S. puede sustituir a la empresa obligada en el pago de la jubilación y demás derechos accesorios a ella"* (Sentencia del 8 de agosto de 1997, Rad. 9444, reiterada en las del 10 de septiembre de 2002, Rad. 18144, 30 de junio de 2005, Rad. 24938 y 1 de septiembre de 2009, Rad. 33806, entre otras).

En el sub lite, a la actora le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del extinto BANCO CENTRAL HIPOTECARIO desde el 16 de agosto de 1999 (Fls. 3 a 6), pensión que fue conmutada por el otrora ISS a través de Resolución No 2696 de 2004, tal como se desprende a folios 8 a 14 del legajo.

En la Resolución No 2696 del 29 de diciembre de 2004, por medio del cual se acepta la conmutación de la pensión a cargo del I.S.S., se estableció que: *"El Instituto de Seguros Sociales asumirá las obligaciones pensionales a cargo de la entidad BANCO CENTRAL HIPOTECARIO EN LIQUIDACIÓN siempre y cuando ésta acredite el pago de la suma correspondiente al valor del capital constitutivo, ante la Gerencia Nacional de Tesorería de la Vicepresidencia Financiera de la Entidad"*.

Cálculo actuarial que fue aprobado, y cuya pensión conmutada venía reconociendo el I.S.S., tal como se desprende de los desprendibles de pago visible a folios 18 y 19, lo que constata que el I.S.S. asumió todas las obligaciones pensionales del extinto BANCO CENTRAL HIPOTECARIO.

Ahora, mediante Resolución No 002815 del 18 de enero de 2013, el otrora I.S.S., concede la pensión de vejez a la actora a partir del 01 de abril de 2012, en cuantía inicial de \$ 1.420.428 (Fols. 15 a 17), sin hacer consideración a la conmutación pensional, y dejando de lado el reconocimiento de la mesada 14 que le venía pagando con la conmutabilidad pensional.

Se resalta que la actora solo hasta el 22 de febrero de 2019 decide reclamar la mesada 14 que le había sido quitada (Fols. 7), sin obtener respuesta de COLPENSIONES.

De lo expuesto, nótese que el ISS subrogó al empleador en el pago total de la mesada a su cargo una vez recibido el cálculo actuarial respectivo, obligación que se desconoció al momento de reconocer la pensión legal de vejez, pues en la práctica y conforme lo expuesto, debía asumir el I.S.S hoy Colpensiones, las mismas mesadas

pensionales que venía percibiendo desde antes de causar la pensión de vejez, dado que al aceptar la conmutación pensional establecida en las diferentes actos administrativos (fols. 8 a 14), asumió todas las obligaciones pensionales a cargo de la entidad BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, correspondiente a más de 98 jubilados entre los que se encontraba la actora, por ello no tenía por qué verse abocada a la disminución o eliminación de la mesada pensional adicional que venía recibiendo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos adoctrino que la mesada 14 que se venía recibiendo como consecuencia de la causación del derecho con anterioridad a al 29 de junio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido al reconocerse la pensión legal de vejez por parte de COLPENSIONES, ya que no resulta dable afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (SL3946-2020).

Así entonces, el reconocimiento de la mesada 14 resulta procedente en la medida que fue la misma entidad de seguridad social quien asumió la conmutación con 14 mesadas pensionales, como quedó explicado, subrogándose la obligación de continuar pagando en su integridad el 100 % de la pensión de jubilación, incluida la mesada 14, y así mismo, por la plena aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo artículo primero establece que "*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*", contexto aplicable a la actora, pues si bien es cierto, la pensión de vejez se causó en el año 2012 y por su monto, no daba lugar al reconocimiento de la mesada 14, lo cierto es que, la actora, venía percibiendo la mesada 14 por virtud de la pensión reconocida desde 1999, y asumida por el I.S.S desde el año 2004 por haber aceptado la conmutación, con la cual, no podía desconocerle a la promotora de la Litis su derecho adquirido.

En consecuencia, fue desacertada la posición de COLPENSIONES al dejar de reconocerle la mesada 14 una vez cumplió los requisitos de la pensión de vejez, ya que debía tener en cuenta que al tratarse de una conmutación pensional, se obligó a asumir la prestación en los términos como la venía reconociendo el empleador, en el sub examine, sobre 14 mesadas anuales, y en ese orden, considera la judicatura que no le asiste razón a la juzgadora de instancia, debiéndose revocar el fallo confutado en este aspecto.

Acto seguido, como quiera que a partir de la resolución GNR002815 del 18 de enero de 2013 se le dejó de cancelar la mesada, desde esa data en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de la mesada 14; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción, cumple relieves que, la mesada 14 se causó a partir de junio de 2012, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó una solicitud pensional el 22 de febrero de 2019 (Fols. 7), sin que haya obtenido respuesta, y entre esta petición y la presentación de la demanda, que lo fue el 16 de septiembre de 2019 (fol. 32), no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 22 de febrero de 2016, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por COLPENSIONES.

Así las cosas, por mesada 14 o mesada adicional de junio, nos arroja un valor de **\$10.951.482**, que corresponde a las mesadas de junio de 2016 a junio de 2021,

suma actualizada a la fecha de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 283 del CGP.

MESADA 14				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2012	2,44%	\$ 1.420.428		\$ 0
2013	1,94%	\$ 1.455.086		\$ 0
2014	3,66%	\$ 1.483.315		\$ 0
2015	6,77%	\$ 1.537.604		\$ 0
2016	5,75%	\$ 1.641.700	1	\$ 1.641.700
2017	4,09%	\$ 1.736.098	1	\$ 1.736.098
2018	3,18%	\$ 1.807.104	1	\$ 1.807.104
2019	3,80%	\$ 1.864.570	1	\$ 1.864.570
2020	1,61%	\$ 1.935.424	1	\$ 1.935.424
2021		\$ 1.966.584	1	\$ 1.966.584
TOTAL				\$ 10.951.482

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 resulta **"aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal"**. Corporación ordinaria que ha ido más allá, al determinar la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020.

Frente a su causación, ha establecido en sentencia de rad. 42.826 del 16 de octubre de 2012, que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º 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 suspender el pago de la mesada 14, siendo que lo procedente era seguir otorgando la prestación

en los términos como había sido conmutada, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Tal derecho efectivamente se debió 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 22 de febrero de 2019 (Fols. 7), por lo que la entidad tenía hasta el 22 de junio de 2019 para reconocer y pagar la mesada 14 en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de dicha data, sobre la mesada 14 reconocida con anterioridad, intereses que deberán calcularse en los términos y parámetros que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sin lugar a estudio de la indexación, ya que la misma es incompatible con los intereses moratorios (SL9316-2016).

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado en la que absolvió a COLPENSIONES, para en su lugar condenar a tal entidad al reconocimiento y pago de la mesada 14, junto con los intereses moratorios que deben liquidarse a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrán a cargo de COLPENSIONES, 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 25 de marzo de 2021 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda, para en su lugar, **DECLARAR** que le asiste derecho a la señora MARTA PATRICIA PARDO AVENDAÑO, identificada con cedula de ciudadanía No 36.536.299, al reconocimiento y pago de la mesada adicional o mesada 14, de conformidad con las consideración atrás expuestas.

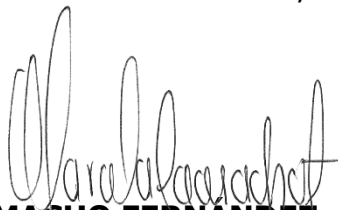
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARTA PATRICIA PARDO AVENDAÑO, la suma de **\$ 10.951.482**, por concepto de mesada 14, causada durante el periodo comprendido entre junio de 2016 a junio de 2021, sin perjuicio de la mesada 14 que se siga generando hacia futuro.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, causados a partir del 22 de junio de 2019, sobre cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, intereses que deben liquidarse a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 22 de febrero de 2016, y no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se revocan y correrán a cargo de COLPENSIONES. Tásense.

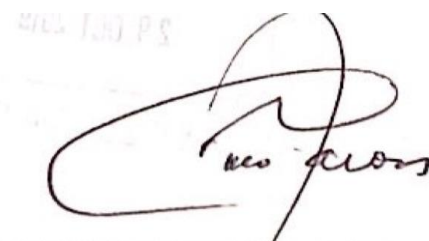
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

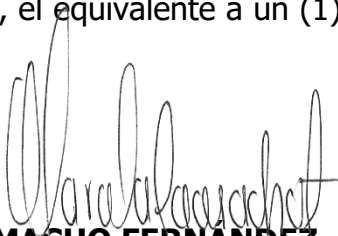


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 la 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: ABEL MARROQUIN CANO
DEMANDADO: ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES
SUCURSAL COLOMBIA.
RADICACIÓN: 110013105-016-2018-00225-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: SALARIO INTEGRAL - BONIFICACIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. JULY ELIZABETH SARMIENTO MUÑOZ, 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. ABEL MARROQUIN CANO instauró demanda ordinaria contra ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral regida bajo un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de agosto de 2007 hasta el 10 de abril de 2015, el cual finalizó de manera forzada y sin justa causa imputable al empleador; que se declare que su salario devengado estaba compuesto por una asignación mensual y un bono de permanencia constitutivo de salario, en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a la reliquidación de los días laborados estando en descanso remunerado, las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, teniendo en cuenta el salario realmente devengado, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, el cálculo actuarial con destino a COLPENSIONES, la indexación, lo ultra y extra petita, 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 15 de agosto de 2007, vigente hasta el 10 de abril de 2015, desempeñándose como TOOL PUSHER I, laborando jornadas de 12 horas diarias durante 14 días continuos, con disponibilidad las 24 horas en campo; que el salario mensual pactado en el año 2007 tenía dos componentes, esto es, un salario mensual integral fijo de \$ 9.300.000 y un bono mensual de \$ 2.500.000; que el salario mensual fijo era cancelado a su cuenta

de nómina del Banco Davivienda, mientras que el bono mensual era consignado a una cuenta de un fondo de inversión en Davivienda; que en el año 2008 mediante comunicado la entidad demandada le manifiesta que le reconocerá el 35% del salario devengado como bono de permanencia, debido a su desempeño; que el bono de permanencia estaba condicionado para efectuar su retiro cada seis meses; que el bono de permanencia inicialmente se sufragaba de manera mensual e ininterrumpida, pero a partir del año 2011 se empezó a cancelar cada seis meses; que desde el 01 de enero de 2014, el bono de permanencia se empezó a reflejar en el desprendible de nómina cada junio y diciembre; que la última asignación recibida incluyendo el bono de permanencia para el año 2015 asciende a \$ 16.171.600; que al momento de liquidar, reconocer y pagar las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, no tuvo en cuenta como factor salarial el bono de permanencia; que en ocasiones era llamado a prestar sus servicios estando en periodo de descanso, el cual se lo remuneraban pero sin tener en cuenta como factor salarial el bono de permanencia; que las cotizaciones al sistema general de pensiones se hicieron con un salario inferior al realmente devengado; que el 10 de abril de 2015 le fue presentado una carta preimpresa de renuncia; que le solicitaron firmar la carta de renuncia aduciendo crisis del sector petrolero, y reincorporación en 4 meses; que el pago de acreencias laborales se efectuó el 28 de abril de 2015 por valor de \$ 60.757.222; que desconoce el valor discriminado de cada concepto liquidado, ya que no le fue suministrada copia de la liquidación final de prestaciones (fls. 197 a 211 y 215 a 221 subsanación de la demanda).

2. Contestación de ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral del actor del 15 de agosto de 2007 hasta el 10 de abril de 2015, aclarando que la finalización del contrato fue por renuncia radicada por el demandante, sin que haya existido vicio en el consentimiento, y en lo que respecta a la remuneración manifestó que se pactó un salario integral y una bonificación denominada bono de permanencia sin incidencia salarial, el cual era consignado a un fondo voluntario de pensiones, es decir, su objetivo no era remunerar el trabajo, sino que constituía un ahorro en un fondo de pensiones; que el referido bono no tiene origen legal, ni tampoco en el contrato de trabajo o convención colectiva de trabajo; que el bono de permanencia se otorgó por mera liberalidad del empleador; que las prestaciones sociales e intereses a las cesantías están incluidas en el salario integral. Como excepciones de mérito rotuló las de improcedencia de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, acuerdo de salario integral conforme lo determinado por el legislador y lo estipulado por las partes en el contrato de trabajo, el bono de permanencia o ahorro en el fondo de pensiones voluntarias fue otorgado de forma unilateral por el empleador, sin incidencia salarial por cuanto no era una remuneración directa del servicio, cobro de lo no debido y pago, pago y buena fe, y prescripción (Fols. 415 a 440).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de noviembre del 2020, en el que el fallador de instancia, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a término indefinido, vigente desde el 15 de agosto de 2007 hasta el 10 de abril de 2015, y que terminó por renuncia del trabajador; condenó a la entidad demandada a pagar la suma de \$ 571.666,67, debidamente indexado al momento del pago, por concepto de diferencia adeudada de la compensación en dinero de las vacaciones del año 2015; condenó a la entidad demandada al reajuste del ingreso base de cotización al sistema general de pensiones, esto es, ante COLPENSIONES, por el tiempo de vigencia de la relación laboral (15/08/2007 al 10/04/2015), sumando el siguiente IBC: \$ 2.278.500 para el año 2007, \$ 2.474.500 para el año 2008, \$ 2.474.500 para el año 2009, \$ 2.940.000 para el año 2010, \$ 3.057.600 para el año 2011, \$ 2.675.400 para el año 2012, \$ 2.795.695 para

el año 2013, \$ 2.881.200 para el año 2014, y \$ 2.881.200 para el año 2015; declaró probada las excepciones denominadas improcedencia de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, acuerdo de salario integral y prescripción extintiva (respecto de los días de descanso), y parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido, y se declararon no probada las demás excepciones; absolvió a la entidad demandada de las demás pretensiones, y gravó en costas a cargo de la sociedad encartada.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral del actor con ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA entre el 15 de agosto de 2007 hasta el 10 de abril de 2015, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, siendo su último cargo el de TOOL PUSHER I, tal como se evidencia con la copia del contrato de trabajo de folio 6 a 7.

Frente a la bonificación o bono de permanencia que se pactó desde el ingreso a la entidad, consideró que el mismo es constitutivo de salario, pues a pesar de haberse pactado expresamente por las partes que no tiene incidencia salarial, se logra acreditar que tal concepto además de ser periódico y habitual, retribuía de manera directa el servicio, pues es anormal conforme a las leyes de la sana crítica y la experiencia que se hubiese pactado en un valor tan superior del 35 % del salario integral; asimismo, indicó que sí la finalidad del bono de permanencia era precisamente retener al trabajador para que no se desplazara a otra empresa del sector, resulta claro que su finalidad tenía que ver con la remuneración directa del servicio, es decir, consistía en retribuir los servicios del trabajador en aras de lograr su permanencia en la compañía; que no se trataba de un pago de mera liberalidad; que la bonificación que llamaron de permanencia no fue ocasional sino constante, permanente durante toda la vigencia de la relación laboral; que los pagos recibidos como bono de permanencia se originaron en el desarrollo de sus funciones como trabajador de la entidad demandada; que el actor podía destinar ese dinero consignado al fondo Dafuturo en los meses de julio y diciembre de cada año, sin mayores exigencias o sin que tuviera destinación específica; que no hubo realmente un pacto de exclusión salarial; que si bien es cierto los dineros consignados a los fondos de pensiones voluntarias no constituyen salario, en el caso concreto se logró demostrar que el bono de permanencia retribuía la prestación del servicio, independientemente de que haya sido consignado en un fondo de pensiones voluntarias.

Que al tener en cuenta el bono de permanencia como factor constitutivo de salario, lo procedente es ordenar la reliquidación de prestaciones y acreencias laborales; no obstante, en el caso específico debe tenerse en cuenta que las partes pactaron como retribución un salario integral, mismo que cumple con los presupuestos de que trata el artículo 132 del CST, y en ese sentido, consideró que no hay lugar a las pretensiones consistentes de reliquidación de prestaciones, dado que precisamente el salario integral compensa de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como trabajo nocturno, extraordinario o dominical, las primas legales y extralegales, cesantías, y en general las que se incluyan en dicha estipulación, a excepción de las vacaciones y los días compensatorios que a pesar de estar en descanso fueron pagados por la entidad demandada con base en el salario integral.

Respecto de los compensatorios declaró probada la excepción de prescripción, ya que los últimos reconocidos datan de septiembre de 2014, y la demanda se presentó el 10 de abril de 2018, es decir por fuera del término trienal; y, respecto de las vacaciones, en efecto, obra liquidación de prestaciones sociales donde se evidencia que se liquidó el periodo laborado del año 2015, por lo que al haberse presentado la demanda dentro

de los 3 años, es procedente su reliquidación teniendo en cuenta el bono de permanencia como factor constitutivo de salario, por lo que ordenó condena por este concepto en valor de \$ 571.666,67, valor que debe ser indexado al momento del pago.

Frente a los aportes a seguridad social apreció que los mismos son imprescriptibles, y en el caso concreto al tratarse de una remuneración a través de salario integral debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 100 de 1993, esto es, que el IBC es sobre el 70 % del salario integral, en ese orden, ordenó que se efectúen las cotizaciones ante COLPENSIONES sobre el 70 % del bono de permanencia constitutivo de salario, de la siguiente manera: para el 2007 \$2'278.500, 2008 \$ 2'474'500 igual valor para el 2009, para el 2010 \$2'940.000, 2011 \$3'057.600, 2012 \$2'675.402, 2013 \$2'795.695, 2014 y 2015 \$2'885.200.

Impartió absolución por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, dado que lo único que se reliquidó fueron las vacaciones, y este concepto no tiene carácter de salario ni prestación social que se deba incluir en la citada indemnización.

Frente a la manera como finalizó la relación laboral adujo que no se demostró la existencia de vicio del consentimiento en la terminación del contrato, por ello debe tenerse como terminación por renuncia presentada por el trabajador, lo que dio lugar a despachar de manera desfavorable la indemnización por despido sin justa causa.

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante y demandada, presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que disiente de los numerales cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, y que al haber determinado que el bono de permanencia es salarial, debió también tenerse en cuenta tal concepto como asignación complementaria o salario mixto, con incidencia prestacional para todos los efectos durante la vigencia de la relación laboral.

4.2 ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA: Insiste en que es equivocada la conclusión del a quo al establecer que el bono de permanencia es salarial por el solo hecho de corresponder al 35 % del salario integral, dado que no existe ninguna prohibición legal en tal sentido; que el juez no indicó el fundamento fáctico que lo llevó a concluir la incidencia directa entre la bonificación pagada y la prestación del servicio; que los testigos por ningún lado indican las conclusiones a las que arribó el juzgado; que con ninguno de los testigos se puede llegar a la conclusión de que el bono de permanencia tenía libre destinación, ya que debe tenerse en cuenta lo confesado por el propio demandante, en la que tal bono se sufragaba a una cuenta de Dafuturo cuya finalidad era incentivar el ahorro; que esas cuentas de ahorro voluntario están debidamente reguladas, sin que se cierto que se podía retirar el valor allí consignado de manera caprichosa; que esta confesado que el dinero se depositaba a la cuenta de Dafuturo, y no representa una contribución directa al servicio prestado, sino una naturaleza distinta, el cual era el ahorro voluntario; que el hecho de ser una bonificación habitual no lo convierte en factor salarial; que desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en estos aspecto como la de radicado No 3183 de 2018, entre otras; que el bono de permanencia se efectuó en la época en que de acuerdo a las condiciones del sector petrolero era necesario retener a los trabajadores; que no se tuvo en cuenta las normas que regulan las cuentas de ahorro voluntario, donde claramente se establece que los aportes allí realizados no constituyen salario, y no se tiene en cuenta para liquidar prestaciones sociales; que en los eventos en que el retiro del dinero de la cuenta de

ahorro voluntario no se haga para los fines allí previstos, el trabajador pierde el beneficio y debe responder por la retención del artículo 126-1 del Estatuto Tributario, razón por la cual, no es cierto lo que dice el despacho de que ese fondo era de libre disposición por parte del trabajador, es decir, si se utilizaba para fines distintos a la norma había la aplicación de la retención; que el pago del bono inicialmente se hacía mensual y luego se mantuvieron de forma semestral; que en lo que atañe a la reliquidación, el a quo estimó que operaba la prescripción para algunos conceptos, pero no para otros, lo cual es confuso.

5. Alegatos de conclusión.

DEMANDANTE.: Sobre el bono de permanencia manifiesta que erró el a quo al no tener dicho concepto como salario mixto y de allí proceder a liquidar las prestaciones sociales; que no hubo pronunciamiento respecto de la mala fe de la entidad demandada, y por lo tanto, proceder a condenar por sanción moratoria. En síntesis solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, accediéndose a las pretensiones de la demanda, que fueron desestimadas por el a quo.

DEMANDADA.: Alude a que desde el inicio del contrato se había acordado la bonificación voluntaria de pensión sin incidencia salarial; que está acreditado que la bonificación por permanencia era un ahorro para pensión, y siempre se hizo a la cuanta "Dafuturo"; que la Corte se ha pronunciado en un caso similar en la sentencia 57907 del 17 de julio de 2018 en contra de una empresa del sector petrolero; que ordenar una reliquidación mensual de los aportes en pensión y en salud carecen de fundamento, ya que el pago del bono de permanencia se hizo cada seis meses; que los derechos reclamados se encuentran afectados por la prescripción; que no es procedente la liquidación de prestaciones sociales, ya que lo pactado por las partes fue salario integral en la que se encuentran insertas tales prestaciones; que la entidad siempre actuó de buena fe.

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) ¿El "bono de permanencia" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?
- (ii) En caso positivo, ¿Le asiste al demandante el derecho a la re-liquidación de las vacaciones?
- (iii) Así como también ¿Le asiste derecho al reajuste en las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones?
- (iv) ¿Operó el fenómeno de prescripción en relación con la re-liquidación de las vacaciones?
- (v) ¿Si se tuviera en cuenta el "bono de permanencia" como salario, ello da lugar a considerar la existencia de un salario mixto que permita la liquidación de prestaciones sociales a favor del actor?

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 ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA en su contestación (Fols. 415 a 440), sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 6 y 7), la renuncia presentada el 10 de abril de 2015 (folio 189), y la liquidación final del contrato (Fol. 410).

Bono de permanencia como salario

Para resolver el primer problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"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"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, el cual no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado

entre las partes.

Otra de las aserciones a que llega la Corte, es que el carácter salarial de un beneficio no se determina por su monto o porcentaje frente al salario, sino porque aquel retribuya la actividad laboral contratada, reiterado lo adocinado en sentencia de radicado No 42277 del 27 de noviembre de 2012. Señala que lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, relativo a la prohibición de que los pagos no constitutivos de salarios no pueden exceder del 40 % del total de la remuneración, es solo para efecto de determinar el ingreso base de cotización al sistema general de seguridad social, y no constituye *"una autorización para desalarizar hasta el 40% de la remuneración del trabajador"*, aclarando que en lo que respecta al régimen del salario, su concepto y sus elementos se gobiernan por los artículos 127 y 128 del CST, ya que puede ocurrir que ese emolumento inferior al 40% del total de la remuneración, bajo el principio de la primacía de la realidad constituya salario al retribuir directamente la fuerza de trabajo.

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrecimientos del cognoscente de instancia, pero con ciertas precisiones, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 8 y 365 obra documento datado el 31 de enero de 2008, en el que se establece que:

"como resultado de la Valoración de desempeño, IPC e implementación de modelos de Remuneración Variable, legalmente aceptados, su retribución mensual estará conformada por:

Salario integral de \$ 10.100.000 y una Bonificación de Mera Liberalidad mensual por 35%, sin incidencia salarial para ningún efecto, que será consignada en el Fondo de Pensiones de Davivienda bajo el esquema de Bono de Permanencia, con libertad para ser retirada en julio y enero de cada año.

Dicho Bono de Permanencia estará incluido dentro de su remuneración, acorde con el nivel de operación de la compañía y es un derecho unilateral de la empresa el suspenderlo una vez las circunstancias del mercado que lo generaron cambien"

Igualmente en documento datado el 03 de noviembre de 2020 (Cd folio 168), se detallan los pagos realizados por nómina y los pagos realizados por concepto de "bono de permanencia", mismos que se efectuaron a una cuenta de DAVIVIENDA llamada "DAFUTURO", precisando que desde 2007 hasta julio de 2011 la consignación se efectuaba de manera mensual, y desde agosto de 2011 hasta abril de 2015 su consignación se realizaba cada 6 meses, y que *"únicamente podrían ser retiradas por el trabajador de forma semestral, por medio de una autorización por parte de Estrella a Davivienda, de manera que, no eran sumas frente a las cuales el trabajador podría disponer en cualquier momento"*.

En ese orden, debe precisar la Sala que en línea de principio le asiste razón a la poderhabiente judicial de la pasiva al confutar el argumento del a quo, relativo al monto pactado por concepto de bono de permanencia, dado que el solo hecho de que se haya pactado el 35 % del salario integral, no conlleva ni por indicio, ni por regla de la experiencia a determinar que tal concepto es constitutivo de salario, ello con base en las premisas jurisprudenciales atrás vertidas, es decir, que la definición de lo que constituye salario o no, no es su monto sino su finalidad, que no es otra que remunerar

de manera directa la actividad que realiza el asalariado, independiente del monto pactado; sin embargo, ello no es suficiente para darle plenamente la razón a la alzada, ya que una vez valorada en su conjunto la prueba documental y testimonial se llega a la conclusión de que el bono de permanencia si es constitutivo de salario, veamos.

Del dicho del representante legal de la sociedad demandada (Javier García Pérez) se tiene que el bono de permanencia tenía como finalidad que el trabajador no migrara a otra empresa del sector petrolero, ya que era muy común en esa época que los trabajadores por el tema económico cambiaran de empleador, y que tal concepto estaba destinado a la retención y al ahorro, aspecto que en efecto logran corroborarse con la documental que descansa a folios 125 -185, donde se encuentra la apertura de un fondo de inversión – DAFUTURO en el Banco Davivienda a nombre del demandante, cuya fecha data del 05 de septiembre de 2007, y los correspondientes extractos desde esa calenda hasta abril de 2015; empero, no se allegó el programa de retención a que hace referencia el representante legal, y además, considera la Judicatura que al ser la finalidad de tal bono la retención del trabajador, es decir, garantizar su permanencia en la entidad, de suyo es que el emolumento pactado retribuye directamente sus servicios, pues del pago mensual de tal emolumento no solo dependía la continuidad en la empresa, sino también la prestación de sus servicios o el ejercicio de su fuerza laboral, ya que contrario sensu, de no pagarse tal bono mensual, en la situación a que alude el representante legal para la época, hubiere ocurrido la migración del trabajador a otra entidad petrolera donde le remuneren en similares o mejores condiciones la prestación de sus servicios, lo que significa que al no haber sido clara, precisa y detallada la finalidad de tal concepto, debe seguirse la consecuencia de que trata la sentencia SL5159-2018, esto es, ceñirse a la regla general de que para todos los efectos se considera tal concepto como retributivo de la actividad desarrollada por el trabajador.

De igual manera, nótese que una de las características de los beneficios no salariales es que deben tener destinación específica, lo que no ocurre en el sub examine, ya que si bien es cierto se pactó que el bono de permanencia sería consignado en un fondo de pensiones en Davivienda, cuya finalidad era incentivar el ahorro, ha de tenerse en cuenta que el trabajador podía disponer libremente de ese emolumento, y así se extrae de la documental de folio 8, cuando dice que *"con libertad para ser retirada en julio y enero de cada año"*, lo que desnaturaliza la destinación específica de este concepto, y por ende, tal como aconteció en la sentencia SL5159-2018, que en similares términos se aplica al sub examine, se concluye: *"la supuesta destinación específica alegada por la empresa se derrumba con el hecho de que esos auxilios eran traducidos en dinero para que la trabajadora dispusiera de ellos como a bien tuviera"*.

Refuerza lo anterior el dicho de la testigo Mónica Duque, quien para los años 2007 a 2015 laboró como asistente de nómina, después Jefe de Nomina y luego como Jefe de Compensaciones y Beneficios, quien al inquirírsele si el demandante retiraba siempre esos dineros, respondió que siempre retiró los dineros cada semestre con autorización del empleador dirigida a DAFUTURO, y que si bien las causales de retiro eran para vivienda o por cumplir los requisitos para pensión, se podía también retirar para algo diferente a esos conceptos, pero debía el trabajador asumir la retención en la fuente, lo que efectivamente ocurrió, y ello se puede verificar con los diferentes extractos de folios 126 a 185, y en ese orden, la destinación específica a que alude el representante legal de la encartada como la misma testigo ya relacionada, esto es, incentivar el ahorro a través del bono de permanencia se diluye.

En este punto debe resaltarse que, la apoderada judicial de la sociedad demandada, hace alusión a la sentencia SL3183-2018, y otras en similares términos, en donde la Corte establece que el “estímulo al ahorro” no tiene incidencia salarial, estímulo pactado por una empresa del sector petrolero, cuyos alcances según su dicho son los mismos del caso de autos; empero, la Sala considera que una vez revisado el criterio expuesto por la Corte, difiere diametralmente del caso puesto a la palestra, ya que en esos procesos la Corte llegó a la conclusión de que el estímulo al ahorro no tiene incidencia salarial, después de haber valorado la política de compensación salarial de la empresa, y las diferentes pruebas arrimadas, de donde coligó que tal estímulo era consignado a través de aportes voluntarios a una AFP, dado que estaba dirigido a personal próximo a pensionarse, para evitar un incremento desproporcionado en los cálculos actuariales que posteriormente debía realizar la empresa, y de manera concluyente dice la Corte que: *“fueron las circunstancias particulares, las que llevaron a la compañía a realizar un plan de compensación a efectos de garantizar que sus trabajadores, no solo percibieran la remuneración básica, sino también, ingresos con los que se permitiera mantener, bajo condiciones de igualdad y equivalencia, el ingreso monetario, **preponderantemente con fines pensionales posteriores a la terminación del contrato laboral**”*. (Negrilla fuera del texto)

Conforme lo anterior, ni de asomo puede considerarse que por el hecho de que en el caso de autos se haya consignado el bono de permanencia en un fondo de pensiones voluntarias, sea similar al caso que se ocupó la Corte, pues lo que determina la incidencia salarial de un concepto, no es la entidad donde se haya efectuado el reconocimiento, sino su naturaleza y finalidad, mismo que al no evidenciarse claridad y precisión en su finalidad, cuya destinación tampoco fue específica, debe considerarse aquel como retribución del servicio con incidencia salarial, como lo determinó el a quo.

Ahora, en lo que respecta a que deben revisarse las normas que rigen los fondos voluntarios de pensiones, ha de decirse que eso escapa de la órbita de esta Judicatura, pues independientemente de la entidad a donde se haya consignado, acota la Sala que lo aquí demostrado es que el bono de permanencia no cumple con los parámetros que atrás se definió por la Corte Suprema de Justicia, ya que, en primer lugar, no se allegó el programa de retención a que hizo alusión el representante legal, donde podría haberse definido con claridad y precisión los alcances, modalidad, y objetivos del mencionado bono de permanencia, ni tampoco de la prueba documental y testimonial se infiere que su naturaleza y destinación se hayan cumplido, ya que a pesar de que se consignaba a través de un intermediario (DAFUTURO), era de libre disposición del trabajador, y remuneraba sus servicios de manera mensual, solo que era consignado cada 6 meses; al contrario, lo que se logra extraer es que su finalidad era liberarse de la retención en la fuente, debido a que se pactó un salario integral considerable, y no porque en estricto sentido haya sido desarrollo de una política de retención de trabajadores a la que alude la defensa de la entidad demandada.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial del bono de permanencia, indicando desde ya que la orden impartida respecto a los reajustes en las aportaciones al fondo de pensiones con el salario realmente devengado también debe confirmarse, pues en tratándose de remuneración a través de salario integral, le es aplicable el artículo 18 de la ley 100 de 1993, el cual estipula que debe efectuarse sobre el 70 % del salario integral, en ese orden, una vez verificado la suma mensual que recibía por concepto de bono de permanencia, aprecia la Sala que la condena del juez primigenio en este ítem se encuentra ajustado a derecho y corresponde a los

valores que se encuentran reportados en la documental aportada por la parte demandada a folios 468.

De otro lado, sobre el pedimento de la parte actora, el cual resulta un poco confuso, entiende la Sala que lo peticionado es que se asuma el bono de permanencia como salario, y en ese sentido se proceda a liquidar las prestaciones sociales, razonamiento que es equivocado, ya que la modalidad pactada de salario integral no fue objeto de controversia en el transcurso del proceso, además que lo pactado desde el año 2007 como retribución en la modalidad de salario integral cumple con las previsiones del artículo 132 del CST, esto es, se pactó por escrito y es superior a los 10 SMLM.

Adicionalmente, en lo relativo al salario mixto, baste traer a colación la sentencia SL4082-2017, en la que rememoró lo dicho en la de radicado 10837 de 1998, y en lo que respecta dice que en tratándose de salario integral se permite otros pagos salariales o no salariales, siempre y cuando las partes acuerden dicho salario mixto, o que el empleador, a pesar de haberse pactado salario integral reconozca prestaciones sociales al trabajador, aspectos que no se presentan en el sub examine, pues ni lo uno ni lo otro ocurre, en tanto que al revisar los desprendibles de pago mensual solo se otea el pago por salario integral e incluso en la liquidación final del contrato solo aparece el pago del salario integral, los compensatorios y una bonificación por mera liberalidad, con lo cual el pedimento de la parte actora no sale a flote, debiéndose confirmar la decisión de instancia en este aspecto.

Finalmente, en lo tocante a la excepción de prescripción, menciona la parte pasiva que es confuso declarar la prescripción para unos conceptos y para las vacaciones no; sin embargo, debe recordar la Sala que en materia de prescripción en tratándose de los reajustes para pensión, por tratarse de un derecho de carácter irrenunciable, el mismo es imprescriptible, ya que está ligado con la construcción del derecho pensional (SL738-2018); y en lo que respecta a las vacaciones al tratarse de vacaciones proporcionales, es decir, por el lapso que va desde el 01 de enero de 2015 hasta el 10 de abril de 2015 (fecha de finalización del contrato), tal como lo dice la Corte en sentencia SL467-2019, estas se hacen exigibles a la terminación del contrato, por lo que, en el asunto bajo examen, la exigibilidad aconteció desde el 10 de abril de 2015, y como quiera que la demanda se presentó el 10 de abril de 2018 (fol. 212), es decir, justo al cumplirse los 3 años de que trata los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, no ha operado el fenómeno prescriptivo, y en consecuencia, el reproche propuesto en la alzada no sale avante, precisando que una vez revisado el cálculo realizado por el a quo está ajustado a derecho, a pesar de que la alzada no está dirigida a atacar el monto condenado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada que tanto la parte actora como la parte demandada presentaron recurso de apelación sin resultados favorables para ninguna, en ese sentido, no hay lugar a las mismas.

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 06 de noviembre del 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN 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: DIEGO JAVIER MORA CONTRERAS
Demandado: COMPAX INTERNATIONAL 93 COLOMBIA LTDA Y OTRO
Radicado No.: 25-2012-00305-01
Tema: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA– LLAMAMIENTO EN GARANTÍA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Diego Javier Mora Contreras, instauró demanda ordinaria contra Compax International 93 Colombia Ltd. y Ecopetrol SA, con el propósito de que se declare que con la primera de aquellas existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual fue terminado por causa imputable al empleador. En consecuencia, solicitó se condene al pago de salario, vacaciones, auxilio de cesantías y sus intereses, indemnización prevista en el artículo 64 CST, moratoria, reliquidación salarial y prestacional conforme a la tabla de remuneración legal o convencional establecida por Ecopetrol SA, para el cargo como ingeniero de proyectos, solidaridad entre las codemandadas por las obligaciones salariales y prestacionales vigentes y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato de trabajo con la entonces sociedad Compax International 93 Colombia Ltd., cuyos extremos se prolongaron desde el 3 de mayo de 2010 al 2 de septiembre del año siguiente; que el cargo desempeñado fue el de ingeniero de proyecto, cumpliendo ejecutando funciones relacionadas a ingeniería, instalación, desarrollo, configuración y puesta en marcha de la red de comunicación EPCL del proyecto SCADA para Ecopetrol SA.

Indicó que las sociedades suscribieron los contratos núm. 5203777 ingeniería, construcción (EPC), para la integración a la plataforma SCADA; y núm. 5204207 ingeniería y construcción, cuyo fin tuvo la automatización de las estaciones del grupo 1 y 2, contratos asociados al proyecto de optimización de infraestructura para la operación centralizada de estaciones GOT, SCADA CRUDOS DE ECOPETROL SA, con vigencia 2008 a 2011. Agregó que dichas actividades se relacionan con las propias de la industria del petróleo con ocasión a la optimización de sistema y equipos estáticos,

rotativos, múltiples de tubería, sistema de medición y filtración, dentro de estaciones de bombeo, almacenamiento, recolección, transporte y refinación de hidrocarburos.

Esgrimió que las codemandadas celebraron contratos cuyo fin fue realizar actividades propias de la industria del petróleo, su empleador no hizo extensivo lo dispuesto en Convención Colectiva del Trabajo, para beneficiarse del salario que estipula en \$5.573.550 para el cargo de Profesional Pleno, por lo que existe una diferencia salarial de \$3.073.550, en tanto que el último salario que percibió fue la suma de \$2.500.000.

Aludió que el 30 de agosto de 2011 la compañía decidió prescindir de los servicios de la totalidad del personal contratado, alegando para ello el desequilibrio económico derivado del contrato ejecutado con Ecopetrol SA, además, dejó de cancelar injustificadamente salarios y prestaciones sociales causados. (Cuad.1, fls. 2 a 14).

2. Contestación de demanda.

2.1. Compax Internacional 93 Colombia Ltd. El curador Ad Litem de la demandada se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, indicando sobre los supuestos fácticos que no le constaban. Propuso como excepción de mérito la que denominó genérica. (Cuad.1, fls. 112 y 113).

2.2. Ecopetrol SA. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el actor nunca estuvo vinculado contractualmente con la sociedad, por lo que mal podría asumir pagos que no le corresponden. Además, por cuanto a que los contratos celebrados entre las empresas no tienen objeto actividades relacionadas con la industria del petróleo.

En lo que hace a los hechos, aludió que no es cierto que el trabajador haya laborado para el proyecto SCADA, en tanto que la vinculación laboral de aquel obedecía a la estructura interna de Compax, cuyas actividades comerciales no se limitaban a proyectos con Ecopetrol, sino, también a otras empresas. Indicó que la plataforma Scada es un software mediante el cual se transfiere gráficamente en una pantalla y en tiempo real datos de producción y operaciones a través de una interconexión electrónica, lo que no tiene relación alguna con las actividades propias de la industria del petróleo. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación número 1º, inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación número 2º, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y genérica. (Cuad.1, fls. 121 a 139).

3. Llamamiento en garantía.

3.1. Contestación demanda y llamamiento en garantía. Liberty Seguros SA, en un mismo escrito se opuso a las pretensiones de la demanda, coadyuvando la posición formulada por Ecopetrol SA. Respecto del llamado en garantía que se le hizo, sostuvo que expidió la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales núm. 1377332 y 1386184 para los contratos núm. 5203777 y 5204207 respectivamente, así como las pólizas núm. 250972 y 253027, para cubrir la responsabilidad civil extracontractual de los contratos citados. En esa medida, indicó que no se opone al llamamiento en la medida que se den los presupuestos legales y de hecho para su efectividad.

Como medios exceptivos se propuso frente a la demanda principal las que denominó prescripción y genérica; entre tanto al llamamiento en garantía las de riesgo no

amparado o excluido por expresa disposición contractual de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, inicio de cobertura – límites temporales – póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales, límite de responsabilidad de Liberty Seguros SA / inexistencia de solidaridad, reducción de la indemnización, compensación, buena fe, innominada y prescripción. (Cuad.1, fls. 121 a 139).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de diciembre del 2019, en la que el fallador declaró que entre el accionante y la sociedad Compax International 93 Colombia Ltd. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 2 de septiembre del 2011, para desempeñar el cargo de ingeniero de proyecto, con un salario promedio mensual de \$2.500.000, relación laboral que ha terminado por decisión unilateral sin justa causa por parte del empleador. En esa medida, condenó a dicha demandada a cancelar la indemnización de los artículos 64 y 65 del CST, salario, cesantías y sus intereses y, vacaciones. Así mismo, condenó solidariamente responsable a Ecopetrol SA como contratante por el reconocimiento y pago de los salarios adeudados y de las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el demandante; a la llamada en garantía a responder por el valor de las condenas impuestas solidariamente en contra de las codemandadas hasta el monto del valor asegurado. Por último, dispuso condena en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación, tuvo como problema a dilucidar si existió o no la relación laboral que pregonaba el actor; para lo cual hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 23 del CST y a las pruebas allegadas al proceso, significando de ello que se encontraba probada, así como los extremos temporales de esta, mismos que se prolongaron entre el 3 de mayo de 2010 al 2 de septiembre de 2011, devengando un salario de \$2.500.000.

En lo que hace a la responsabilidad solidaria declarada indicó que para definir aquella debía remitirse a los objetos sociales de las codemandadas, encontrando que en efecto existía conexidad en las labores contratadas por Compax y Ecopetrol SA, este último como beneficiario de los proyectos según contratos núm. 5203777 y 5204207. Adicionó que las actividades contratadas no resultaban ajenas ni extrañas al objeto social, por lo que Ecopetrol se hacía responsable solidariamente de las condenas impuestas a favor del actor y en contra de su empleador.

Refirió que Compax constituyó contrato de seguro de incumplimiento a favor de Ecopetrol SA, pólizas que se encuentran vigentes al momento que le fue terminada la relación laboral accionante, por lo que debía responder por el valor de las condenas que impuso solidariamente en contra de las codemandadas hasta el monto del valor asegurado. (Cuad.1, CD fol. 329)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de Ecopetrol SA. Formuló recurso de apelación arguyendo que la sucursal en Colombia de Compass, como sociedades extranjeras no gozan de personería jurídica porque son tratadas en la legislación como un establecimiento de Comercio, razón por la cual debió demandarse a la sociedad extranjera; luego ante su falta no hay legitimación en la causa por pasiva de dicha sociedad, razón por la cual no puede condenarse la solidaridad ante la ausencia de la principal, misma que hizo la contratación con el demandante.

Indicó que con respecto de la solidaridad condenada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la misma no procede

por la comparación de los objetos sociales, máxime cuando aquí se están cotejando facultades genéricas que no tienen que ver con la actividad común que realiza Ecopetrol. Agregó que no está probado que los contratistas hayan realizado las actividades propias de la industria del petróleo, por lo que mal podría atribuírsele la responsabilidad solidaria. (Cuad.1, CD fol. 329)

5.2. Recurso de Liberty Seguros SA. Inconforme con la atrás decisión, presentó recurso de apelación manifestando que según el objeto del contrato realizado por Ecopetrol SA y Compax éste se realizó específicamente para realizar ingeniería básica detallada, compras de construcción, configuración y puesta en operación del sistema de vigilancia y medición para los sistemas de marcación de combustible de la vicepresidencia de transporte, por lo anterior y teniendo en cuenta que el actor cumplía funciones de cargo de ingeniero de proyecto, dichas actividades no tenían que ver con el giro ordinario de los negocios de la contratante, de manera que no puede predicarse la solidaridad de las dos empresas.

De otro lado, refirió que la póliza de seguros expedida no se encuentra dentro del amparo, la indemnización moratoria condenada, como quiera que aquella cubre únicamente salarios, prestaciones e indemnizaciones por despido sin justa causa, por lo tanto, debe abstenerse de proferir en ese sentido la condena. (Cuad.1, CD fol. 329)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Ecopetrol SA. En su escrito indicó que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es necesario demostrar la actividad normal del beneficiario de la obra, en este caso Ecopetrol S.A., y del contratista, en tanto que el artículo 34 indica que el contratista no debe desarrollar actividades ajenas o extrañas a las actividades normales que desarrolla el beneficiario de la obra. Sostuvo que Compax no realizó actividad propia de la industria del petróleo, las cuales son normales de Ecopetrol S.A., por así indicarlo el artículo 1º del Decreto 284 de 1957.

6.2. Liberty Seguros SA. En sus alegaciones refirió que según el objeto del contrato realizado por las codemandadas, este se realizó específicamente para realizar ingeniería básica, detallada, compras de construcción configuración y puesta en operación del sistema de vigilancia y medición para los sistemas de marcación de combustible de la vicepresidencia de la empresa de transporte de ECOPETROL S.A. y en esa medida, como el actor cumplía funciones de cargo de ingeniero de proyecto, no tenía que ver absolutamente en nada con el transporte del crudo, ni con el giro ordinario de los negocios que ejercía la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandada y llamada en garantía 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 a favor de Ecopetrol SA en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

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

- ✓ ¿Se debe declarar de manera oficiosa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la demandada Compax International 93 Colombia

Ltd., en tanto que aquella al ser una sucursal abierta por una sociedad extranjera no goza de personería jurídica para comparecer al proceso?

- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, al considerar que Ecopetrol SA es solidariamente responsable en el pago de las condenas que se le impusieron a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?
- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al colegir que la póliza de seguros ampara el pago de indemnización moratoria condena, sin estarlo en la carátula del contrato de seguros?

Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Con el propósito de desatar los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral entre el señor Diego Javier Mora Contreras y la Compax International 93 Colombia Ltd., sus extremos temporales, ni la labor de "ingeniero de proyecto" que desempeñó el actor, tampoco el salario que devenga en vigencia del nexo contractual que los unió, en tanto que las citadas declaraciones no fueron recurridas por las partes.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar en primer lugar, la legitimación en la causa de Compax International 93 Colombia Ltd., como representante de la sociedad israelí Orad Ltd., en tanto que el recurrente aduce que quien debía comparecer al proceso es la casa matriz y no el establecimiento de comercio toda vez que este último no cuenta con personería jurídica para actuar.

Para los efectos de la presente decisión, resulta pertinente precisar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 469 del Código de Comercio, son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior y, según el artículo 471 ídem, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

Así mismo, todas las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia estarán sometidas a la vigilancia del Estado (artículo 470 ídem); entendiéndose que aquellas conforme a la definición establecida en el artículo 263 *ejusdem* son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad. De ahí que el numeral 5 del artículo 472 del Código de Comercio el acto por el cual se acuerde establecer negocios permanentes en Colombia exija "*designar un mandatario general con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales.*"

Bajo esa dirección y con estricta sujeción al citado referente legal, es claro que Compax International 93 Colombia Ltd., fue constituida por Escritura pública No. 180 del 24 de enero del 2008, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (Cuad.1, fls. 77 a 79), para los efectos de lo

previsto por los artículos 471 y 474 del Código de Comercio y 33 del Código Sustantivo del Trabajo, pues así se desprende de su objeto social, según el cual *"LA SUCURSAL TENDRÁ LA PRESENTACIÓN DE ORAD LTD (COMPAÑÍA MATRIZ), ASÍ COMO TODAS SUS EMPRESAS AFILIADAS, CUYA SEDE SE ENCUENTRA UBICADA EN EL ESTADO DE ISRAEL, PARA TODO EL TERRITORIO COLOMBIANO Y EN GENERAL EN TODO EL CONTINENTE LATINOAMERICANO DESDE SU SEDE DOMICILIADA EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ (COLOMBIA)."*

Esta circunstancia, pone de presente que, para todos los efectos legales, la sucursal representa a la casa matriz desde el momento de su constitución, además, por cuanto aquella cuenta con amplias y suficientes facultades para representar legalmente a la sucursal ante autoridad de cualquier índole o naturaleza, y ante personas jurídicas o naturales, ya sea judicial o extrajudicialmente.

Por manera que es claro que, si bien la sucursal es un establecimiento de comercio, tal situación no es impedimento para que ejerza la representación legal de la sociedad matriz y, puede hacerlo por la elemental razón de que la sociedad extranjera establece en Colombia, una sucursal para poder efectuar negocios en el territorio nacional, acatando los condicionamientos previstos en el ordenamiento jurídico para desarrollar actividades de carácter permanente, de manera que la sucursal sea *"una prolongación de la sociedad para el desarrollo de los negocios sociales de aquella, sin que por ello pueda afirmarse que adquiera una personificación nueva y distinta de la sociedad, pues quién se beneficia de los actos jurídicos que celebre la sucursal es la ya mencionada persona jurídica, en tanto que se reitera, el establecimiento de comercio no es un ente autónomo distinto, además, las actuaciones de estos, se soportan en la capacidad de obrar de la casa matriz."* (AL – 3028-2016)

En consecuencia, al encontrarse debidamente integrada la litis, el medio exceptivo que pretende sea declarado no está llamado a prosperar.

Responsabilidad solidaria de Ecopetrol S.A.

Aduce el demandante que la sociedad Ecopetrol SA es solidariamente responsable de todas las acreencias laborales a ella adeudadas por su empleador Compax Internacional 93 Colombia Ltd., en tanto los objetos sociales son afines, los servicios prestados por aquel fueron en beneficio de la llamada a solidaridad, cuyas funciones radican principalmente en el desarrollo del rol social de la citada sociedad.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL 13686 del 2017, acerca a 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 Corporación 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 exigiendo la citada disposición se demuestre (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 contratante¹; (iii) que exista contrato de trabajo entre el contratista y el actor. (iv) que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en el presente asunto no existe duda de la concurrencia de una relación laboral entre el demandante y Compax Internacional 93 Colombia Ltd. y de igual forma dadas las probanzas recaudadas en el plenario se puede establecer que entre esta sociedad como contratista y Ecopetrol SA, como beneficiaria del servicio, se desarrolló un vínculo de derecho civil, en tanto se arrió al cartapacio:

- ✓ Contrato No. 5203571 suscrito por aquellas el 5 de diciembre de 2008, cuyo objeto consistió en "INGENIERÍA BÁSICA Y DETALLADA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, CONFIGURACIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DEL SISTEMA DE VIGILANCIA Y MEDICIÓN PARA LOS SISTEMAS DE MARCACIÓN DE COMBUSTIBLE DE LA VICEPRESIDENCIA DE TRANSPORTE DE ECOPETROL SA." (Cuad.2, fls. 1 a 14).
- ✓ Contrato No. 5204207 suscrito el 26 de diciembre del 2008, cuyo objeto consistió en "INGENIERÍA, PROCURA Y CONSTRUCCIÓN (EPC) PARA LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS ESTACIONES DEL GRUPO 1 Y GRUPO 2 ASOCIADAS AL PROYECTO "OPTIMIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA PARA LA OPERACIÓN CENTRALIZADA DE ESTACIONES GOT. SCADA CRUDOS" (Cuad.2, fls. 15 a 23).

En ese orden, resulta necesario establecer la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a ECOPETROL SA, en virtud del artículo 34 del CST, con ocasión de las obligaciones a cargo de Compax Internacional 93 Colombia Ltd. para con el señor Diego Javier Mora Contreras.

Así, es menester acotar en este punto que la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, no quiere decir ello que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL14540-2014.

Esclarecido lo anterior, se tiene que Compax Internacional 93 Colombia Ltd., según certificado de existencia y representación legal tiene como objeto social, entre otras cosas: "(...) ASESORÍA, ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DE PROYECTOS, RELACIONADOS CON LOS OBJETIVOS PRINCIPALES DE LA CORPORACIÓN Y ESPECÍFICAMENTE EN TODA MATERIA QUE CONCIERNA A ASUNTOS DE INGENIERÍA, MECÁNICA, INDUSTRIAL, HIDRÁULICA, ELÉCTRICA, ELECTRÓNICA, CIVIL, SANITARIA, GAS Y PETRÓLEO (...)"(Cuad.1, fls. 77 a 79)

¹CORTE 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 ECOPETROL SA, tiene como objeto social "(...) *ACTIVIDADES COMERCIALES O INDUSTRIALES CORRESPONDIENTES O RELACIONADAS CON LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN, REFINACIÓN, TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS Y PRODUCTOS TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO DE HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, PRODUCTOS Y AFINES, A TRAVÉS DE SISTEMAS DE TRANSPORTE O ALMACENAMIENTOS PROPIOS O DE TERCEROS, EN EL TERRITORIO NACIONAL Y EN EL EXTERIOR, CON EXCEPCIÓN DEL TRANSPORTE COMERCIAL DE GAS NATURAL EN EL TERRITORIO NACIONAL*".

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel que se relaciona con la optimización, diseño, construcción, mantenimiento de obras y de ingeniería destinadas al sector de hidrocarburos, que por disposición le corresponde a Ecopetrol SA, 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 Ecopetrol SA en su condición de beneficiaria del servicio debe responder de manera solidaria por las condenas que se impusieron a Compax Internacional 93 Colombia Ltd., dado que la actividad desarrollada por la contratista cubrió una necesidad propia de la beneficiaria, pues la optimización de infraestructura, construcción, mantenimiento de obras y de ingeniería destinadas al sector de hidrocarburos desarrollada por la primera, directamente está vinculada con la explotación del objeto social de la segunda.

A propósito, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de iguales contexturas al aquí debatido, señaló que la actividad contratada por Ecopetrol SA para la optimización de la infraestructura utilizada en la operación centralizada de estaciones, "*resulta conexa, complementaria y útil, por ende, no es ajena al cabal desarrollo y ejecución del objeto social de Ecopetrol S.A., en tanto propende y sirve de manera concreta o específica para la consecución del fin propio y perseguido por la aquí recurrente, como lo es la exploración, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos.*" (SL5033-2020).

Por todo lo expuesto, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a Ecopetrol SA a pagar solidariamente las sumas dinerarias allí deducidas en contra de Compax Internacional 93 Colombia Ltd.

Llamamiento en garantía

Sobre tal aspecto, aduce la aseguradora apelante que el A quo se equivocó al considerar que debía responder por el valor de la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, en tanto que aquel emolumento no se encontraba amparado en el contrato de seguros.

En tal direccionamiento, en lo que hace a la figura del llamamiento en garantía, cumple recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa

el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás. Resaltando, que el juez de trabajo es competente para definir la relación sustancial entre los citados, no sólo porque ello permite materializar el principio de economía procesal, sino, además, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en señalar su procedencia dentro del proceso ordinario laboral, tal como lo fue en las sentencias SL 471-2013, SL 14540-2014, SL 14619-2014, SL 16675-2014, SL 5636-2019, SL 4570-2019, SL 5031-2019, SL 462-2021, SL 987-2021, entre otras.

En este punto, vale la pena aclarar que al revisar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, no existe una razón sólida que justifique apartarse de aquélla, máxime cuando se tiene dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que dicha figura procesal cobra mayor relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Resta examinar entonces si, como afirma la aseguradora recurrente, el juez de primer grado desconoció las condiciones de la póliza, en tanto que el amparo no estaba circunscrito a la indemnización moratoria condenada. En esa medida, basta con revisar la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales núm. 1377332, cuyo tomador fue Compax Internacional 93 Colombia Ltd. y amparado Ecopetrol SA, para significar que, contrario a lo dicho el contrato de seguros si ampara el riesgo generado respecto de las obligaciones emanadas en el desarrollo del contrato No. 520377, específicamente sobre el *"pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales al personal vinculado"* (Cuad.2, fls. 29 y ss)

En tal virtud es claro que no incurrió en ningún dislate el juzgador de primer grado al considerar que la aseguradora debía amparar el riesgo derivado de la condena, en los términos por aquel indicado, especialmente si se tiene en cuenta que los períodos de cobertura de las pólizas cubren el segmento de tiempo reclamado por el actor. Por lo expuesto se dispondrá a confirmar íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

Costas.

En esta instancia a cargo de las demandadas Ecopetrol SA y Liberty Seguros SA, ante la no prosperidad de los recursos de apelación propuestos. 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 3 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del actor y a cargo de Ecopetrol SA y Liberty Seguros SA.

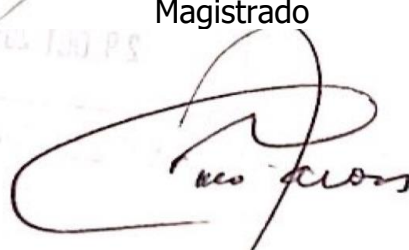
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

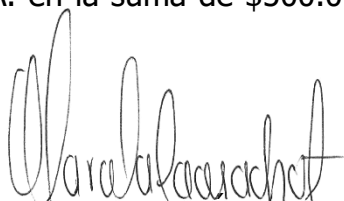


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 actor y a cargo de Ecopetrol SA y Liberty Seguros SA. en la suma de \$500.000 a cada una de ellas.



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: ALEJANDRO MARIO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE.
Demandada: IRAN DECOR S EN C.
Radicado No.: 08-2019-00515-01
Tema: CÁLCULO ACTUARIAL- APELACIÓN DEMANDADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. ALEJANDRO MARIO SÁNCHEZ, instauró demanda ordinaria contra IRAN DECOR S EN C, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes desde el 1 de marzo del 2014 hasta el 11 de marzo del 2019 y, como consecuencia de ello, se dispusiera a su favor el pago del saldo de cesantía y sus intereses y prima de servicios teniendo en cuenta la asignación adicional percibida; sanción por la no consignación incompleta de cesantías, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social, lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laboral el 1 de marzo de 2014, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar la labor de Administrador – Mostrador Ventas; vínculo laboral que terminó por decisión unilateral de su empleador. Refirió que al momento de su contratación se definió una asignación adicional mensual sobre el valor de lo que vendiera mensualmente, lo cual se taso en un 2%; dinero que fue reconocido por retribución de su prestación del servicio y, por tanto, debía tenerse en cuenta al momento de pagar prestaciones sociales y la indemnización que le fue cancelada.

Sostuvo que la liquidación realizada no se ajustó a derecho, toda vez que no se tuvo en cuenta el valor adicional que recibía todos los meses de manera habitual e ininterrumpida; además, que durante la vigencia de la relación laboral la encartada no realizó ningún aporte al fondo de pensiones Colfondos SA. (fls. 276 a 302).

2. Contestación de demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda, a excepción de la existencia de la relación laboral, argumentando que al actor no le realizó pagos constitutivos de salario

adicionales a su remuneración y, por tanto, el ingreso base para pagos de aportes a seguridad social y prestaciones. Aclaró que de buena fe admitió la no afiliación en la medida en que el actor así lo solicitó expresamente, además, en consideración a la condición de extranjero, hallándose inmerso dentro del supuesto normativo de que trata el artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que no eludió el pago de la seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación familiar, tampoco omitió consignar al fondo de cesantías los valores que se liquidan anualmente por concepto de cesantías, ni dejó de pagar prestaciones sociales, en la medida que siempre realizó en forma adecuada los pagos, esto es, sobre la base del salario devengado.

Esgrimió que en forma esporádica pago al demandante algunas bonificaciones y, por lo tanto, no debían estar contenido en el salario mensual. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, tratarse el demandante de un afiliado voluntario al sistema de pensiones y por tal razón no ser procedente reclamo en pensiones, buena fe, prescripción y genérica. (fls. 319 a 362).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre del 2020, en la que se condenó a la demandada al pago del respectivo cálculo actuarial que corresponda por el periodo comprendido entre el 1 de marzo del 2014 al 11 de marzo del 2019, con destino a Colfondos de acuerdo con la liquidación que esa entidad efectúe. No dispuso condena en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación, tuvo como problema a dilucidar si el trabajador tiene derecho al pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones. Con tal propósito indicó que no fue motivo de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo pactado de manera verbal a término indefinido, cuya vigencia se mantuvo entre el 1 de marzo del 2014 hasta el 11 de marzo del 2019, desempeñando el cargo de administrador.

Respecto del cálculo actuarial solicitado aludió al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como a la Resolución 2388 del 2016, significando que los extranjeros residentes en Colombia que no aporten a un fondo de pensiones en su país de origen y que desempeñen en el territorio nacional como servidores públicos, trabajadores dependientes o independientes, o mantengan un contrato de prestación de servicios, son afiliados obligatorios al sistema.

En esa medida, sostuvo que, siendo el actor residente en este país, permaneciendo en el territorio nacional entre el 1 de marzo del 2014 al 11 de marzo del 2019, bajo un contrato de trabajo gobernado por la legislación nacional, quien nunca se afilió a algún régimen pensional en su país de origen, no se encontraba excluido de cotizar al sistema general de pensiones y, por ende, su empleador corría con la carga de afiliar y pagar los respectivos aportes a pensión en su favor, lo cual no hizo. Por lo anterior, indicó que debía pagar el cálculo actuarial a favor del actor. (CD fol. 530)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de IRAN DECOR S EN C. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación arguyendo que aceptó de buena fe la no afiliación del actor al subsistema de seguridad social en pensiones, por considerar que, de acuerdo con la normativa vigente, aquel tenía la condición de afiliado voluntario, pues era extranjero residente en Colombia, edad y su manifestación expresa de no querer afiliarse. Insistió

en que la Resolución 2388 del 2016, el actor como extranjero no cotiza al sistema de pensiones y en tal virtud, reportó así en la planilla de autoliquidación de pago de aportes PILA, generando la novedad correspondiente. (CD fol. 530)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que la afiliación de un trabajador extranjero al Sistema General de Pensiones será obligatoria o voluntaria, dependiendo si cuenta o no, con un contrato de trabajo regido por la legislación colombiana y, además que esté cubierto por algún régimen de pensiones en su país de origen o de cualquier otro. Bajo lo dicho, indicó que en el evento que la persona extranjera residente en nuestro país cuente con una vinculación laboral que se rija por las normas colombianas, tal y como sucede en el caso concreto, y se tenga en cuenta que el extranjero no cuenta con una afiliación al sistema pensional en otro país; se entiende que es afiliado obligatorio al Sistema y, en consecuencia, deberá hacer los aportes las cuales podrán ser utilizadas para el pago de pensiones, devoluciones de saldos, indemnizaciones y prestaciones señaladas en la Ley 100 de 1993.

5.2. Parte demandada. Alegó que el actor al ostentar la calidad de extranjero, y no ser cotizante en un sistema general de pensiones en su país u en otro en el exterior, el mismo ostenta la calidad de afiliado voluntario a pensiones dentro de nuestro ordenamiento jurídico, reiterando que ha actuado de buena fe respecto de esta situación particular del actor, tal y como se acredita en las planillas PILA, por medio de las cuales se acreditó que no fue omitida la vinculación del actor, sino reportada la novedad de afiliado voluntario a pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la 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**:

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar el pago del cálculo actuarial con destino a Colfondos SA, Pensiones y Cesantías, por el tiempo en que estuvo vinculado laboralmente con la demandada, al considerar que el actor, en calidad de extranjero, era un afiliado obligatorio al régimen de seguridad social en pensiones?

Cálculo actuarial- afiliación voluntaria y obligatoria de extranjeros.

Con el propósito de desatar 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 entre el señor Alejandro Mario Sánchez e Irán Decor S en C., sus extremos temporales, ni la labor de "Administrador" que desempeñó el actor, tampoco el salario que devengó en vigencia del nexo contractual que los unió. Por otro lado, se advierte, también, que no es objeto de discusión que el demandante es de nacionalidad Argentina, lo cual se corrobora con la cédula de extranjería No. 248341 vista a folio 32 del expediente; tampoco que obra expresión de su parte en la que aceptó no encontrarse cubierto por el régimen de pensiones por su país de origen, ni cualquier otro. Ello en atención a que las citadas conclusiones no fueron recurridas por las partes.

Superado lo anterior, a la Sala le corresponde dilucidar si el A quo se equivocó en la interpretación del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, en tanto considera la censura que la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social no es obligatoria, dada su calidad de extranjero, lo que no permitiría el pago de sus aportes pensionales a través del cálculo actuarial que se ordenó.

De cara a tal cuestionamiento, la preceptiva que se trajo a colación textualmente concibe los afiliados obligatorios y voluntarios al sistema de seguridad social. Frente a los primeros, basta con referir que serán obligatorias todas aquellas personas vinculadas mediante un contrato de trabajo o como servidores públicos, prestación de servicios, trabajadores independientes, entre otros; mientras que los voluntarios las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados que no encuentren expresamente excluidos en la citada disposición y, los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.

Con lo dicho, dimana claro que el señor Alejandro Mario Sánchez se halla dentro del primer supuesto normativo, dada la declaración que aquel expidió en el sentido de no hallarse protegido por el sistema pensional de su país, impidiendo a su empleador considerarlo como afiliado voluntario, debiendo afiliar y pagar los aportes pensionales en la proporción correspondiente de manera obligatoria, sin que el hecho de que se reportará novedad de afiliado voluntario a pensiones y se aceptará en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA, le exonere de su obligación, como equivocadamente lo sostiene la pasiva.

Frente a este tema, nuestra CSJ en sentencia CSJ SL4698-2020, señaló que la disposición que consagró excepción a la regla de la obligatoriedad de afiliación tiene lugar cuando el extranjero tenga cubiertos los riesgos de I.V.M. en su país de origen o en otro, situación que no acontece, quedando el empleador obligado de afiliarlo al sistema, a menos que de forma libre y voluntaria, aquel lo solicite, situación que tampoco se halla demostrada en el plenario, de ahí que la intelección de la Juez de primer grado fuere acertada, en tanto que ante el incumplimiento por parte del empleador debe asumir el pago de los aportes pensionales a través del cálculo actuarial, conforme así lo dispone los artículos 15, 17 y 33 de la Ley 100 de 1993.

Por todo lo expuesto, se impone confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a Iran Decor S en C al pago del cálculo actuarial por el periodo en que se dejó cotizar al subsistema de seguridad social en pensiones, estando vinculado mediante contrato de trabajo.

Costas.

En esta instancia a cargo de la demanda, 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 3 de septiembre del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor del actor y a cargo de Iran Decor S en C.

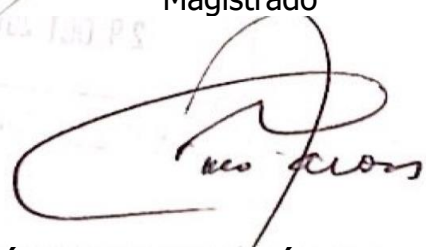
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

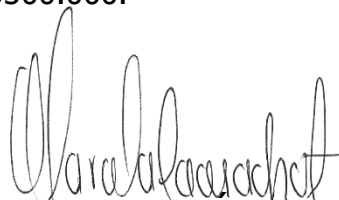


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 actor y a cargo de Iran Decor S en C 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 JIMENA GALEANO DE GIRALDO Y OTROS
Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN LIQUIDACIÓN
Radicado No.: 39-2016-00884-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN PARTES- MODIFICA.

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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 el siguiente,

AUTO

En cuanto a la solicitud de prueba elevada por la parte demandada, se rechaza de plano en tanto que no cumple con los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., para ser decretada.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Jimena Galeano De Giraldo, José Fernando Franco Buitrago y Adriana Victoria Ariza Ovalle instauraron demanda ordinaria contra Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación y Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral entre aquellos y Optimizar Servicios Temporales SA, conforme a los siguientes extremos:

- María Jimena Galeano de Giraldo, entre el 2 de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015.
- José Fernando Franco Buitrago, desde el 1 de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015.
- Adriana Victoria Ariza Ovalle, desde el 1 de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015.

En consecuencia, solicitaron en común se condene a Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación y solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro, en su calidad de beneficiario de la obra, a cancelar el valor correspondiente a la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias solicitaron que se declare que su verdadero empleador lo fue el Fondo Nacional del Ahorro, teniendo en cuenta que Optimizar Servicios Temporales SA fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para

mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador y, por tanto, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de obligaciones. En consecuencia, se condene al citado Fondo y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales SA en su calidad de simple intermediario, a cancelar el valor correspondiente indemnización moratoria, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Ello a partir del desistimiento de las pretensiones dirigidas al pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones que realizó la parte demandante en audiencia del que trata el artículo 77 del CPT y de la SS.

En sustento de las anteriores pretensiones señalaron en síntesis que las encartadas suscribieron contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, cuyo objeto fue contratar una EST para el suministro de personal en misión que permitiera cubrir necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro. Dijeron que en cumplimiento de dichos contratos fueron vinculados de la siguiente manera:

- María Jimena Galeano de Giraldo, mediante la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Profesional I, devengado la suma de \$10.900.000 y desempeñando las funciones de directora de oficina de contratación del Fondo Nacional del Ahorro en la sede principal.
- José Fernando Franco Buitrago, en la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Profesional IV, devengado la suma de \$3.200.000 y desempeñando las funciones de mantener constante comunicación con las constructoras acerca del proceso de aprobación y desembolso de créditos FNA con el fin de agilizar la colocación del producto, entre otras.
- Adriana Victoria Ariza Ovalle, bajo la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Profesional IV y devengado la suma de \$3.200.000.

Esgrimieron que las funciones desempeñadas corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro; los servicios prestados no eran de carácter temporal, existiendo en la planta de personal de aquellos cargos que ejecutaron. (Cuad.1 fls. 4 a 49).

2. Contestación de demanda.

2.1. Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que los trabajadores fueron contratados mediante la modalidad por duración de obra o labor determinada para personal en misión, en el que la duración estaba atada “el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratación a juicio de la usuaria”. Indicó que les liquidó sus prestaciones sociales y vacaciones, pero su pago queda sujeto a las reglas del concurso, por expresa disposición de la Ley 1116 de 2006. Propuso como excepciones de fondo las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y genérica. (Cuad.1 fls. 134 a 151).

2.2. Fondo Nacional del Ahorro. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra aduciendo que no existe solidaridad frente a las acreencias laborales de la empresa Optimizar SA, en tanto que cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales que le correspondía en virtud de los contratos comerciales celebrados con la EST. Además, aunque pretenden que se declare que es

empleadora directa, ello se desvirtúa con los contratos comerciales núm. 275 del 26 de noviembre de 2014 y el 147 de 1 de julio de 2015 suscritos con la empresa Optimizar.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones (Cuad.1 fls. 167 a 193).

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 con los trabajadores no existió relación jurídica o contractual alguna. Respecto del llamado en garantía que se le hizo sostuvo que el Fondo Nacional del Ahorro, beneficiario y asegurado en las pólizas de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales núm. 2436541 y 2533998, no fungió como empleador directo de los demandantes y no le asiste obligación alguna como resultado de una responsabilidad solidaria, ya que no se dan los supuestos del artículo 34 del CST, quedando no obligada a cubrir ningún amparo.

Arguyó que con relación a las citadas pólizas no existe amparo alguno por concepto de salarios y prestaciones derivadas de un contrato de trabajo, por cuanto es evidente que el Fondo Nacional del Ahorro no ostentó la calidad de empleador de los actores. Como medios exceptivos se propuso como previa la de falta de integración del Litis Consorcio Necesario de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA y de fondo las de prioridad en la afectación de las pólizas núm. DL006347- DL007987 y DL008460 expedidas por la citada asegurada – aplicación preferente de pago, afectación de las citadas pólizas, Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal; cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y genérica. (Cuad.1 fls. 310 a 337).

3.1. Contestación demanda y llamamiento en garantía. Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA. Se opuso a las pretensiones de la demanda inicial señalando que la póliza no cubre los pedimentos de aquella, toda vez que las relaciones laborales de los demandantes ocurrieron por fuera de la vigencia de la garantía. Además, porque el Fondo Nacional del Ahorro como llamante no fue parte del contrato de seguro 24DL006347 y, por tanto, carece de legitimación en la causa para pretender la afectación de la póliza.

Advirtió que procedió al pago a favor de los demandantes los conceptos de liquidación de cesantía y sus intereses, prima de servicios y vacaciones pendientes; lo anterior con motivo de las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo dentro del proceso administrativo que los trabajadores iniciaron para hacer efectivas 2 pólizas de disposiciones legales. En lo que atañe al llamamiento en garantía específicamente reiteró que su vinculación al proceso se efectuó por el Fondo Nacional del Ahorro, entidad que no fue parte del contrato de seguro y que por lo tanto carece de legitimación en la causa para pretender la afectación de la garantía a su favor.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía, los hechos de la demanda no gozan de cobertura / la relación laboral de los demandantes se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, pago, en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la Ley 1116/2006, los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales y genérica. (Cuad.2 fls. 405 a 421).

4. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Cuad.1 fl.123); 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 9 de septiembre del 2019, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandada Optimizar Servicios Temporales SA y los demandantes, en esa medida, condenó a la Compañía Aseguradora de Fianzas SA Confianza al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

- María Jimena Galeano de Giraldo, la suma de \$147.876.667.
- José Fernando Franco Buitrago, la suma de \$43.413.333.
- Adriana Victoria Ariza Ovalle, la suma de \$43.413.333.

Absolvió al Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros de las pretensiones incoadas en su contra, disponiendo condena en costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, tuvo como problema jurídico a dilucidar si procede la sanción contemplada en el artículo 65 del CST y si en virtud del artículo 53 de la CP existió un contrato de realidad entre los demandantes y el Fondo Nacional del Ahorro y, en caso de que salga adelante, cuales son las consecuencias. Con tal propósito aclaró que desde la fijación del litigio quedaron establecidos los extremos temporales de la relación laboral de los actores y, por tanto, debía en tal sentido resolver el litigio.

Sostuvo que de acuerdo con las pretensiones tanto principales como subsidiarias debía estudiar en primer lugar si entre los actores y Optimizar Servicios Temporales SA existía una relación laboral, lo cual, de no hallarse tal situación podría entrar a estudiar si el Fondo Nacional de Ahorro fue el verdadero empleador. Así, indicó que los vínculos laborales con la citada EST se encontraban acreditados, pues así fue aceptado desde la audiencia del artículo 77 del CPT y SS, por lo que debía continuar con el estudio de la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST.

En ese sentido, después de hacer alusión a lo señalado en la norma, así como al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, indicó que los contratos de trabajo se terminaron el 30 de septiembre del 2015 y la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización de la empresa mediante auto del 15 de febrero del 2016 y que con auto 7 de noviembre del 2016 se resolvió la liquidación judicial. De esta manera aseguró que la demandada no cumplió con sus obligaciones dentro del proceso de reorganización empresarial, lo cual denotaba su mala fe.

Añadió a que la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza efectuó el pago correspondiente a prestaciones sociales de los demandantes en virtud de la Resolución 063863 del 30 de septiembre del 2016 expedida por el Ministerio de trabajo que declaró el siniestro de las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales números DL 077987

del 5 de enero del 2015 y DL 08460 del 4 de enero del 2016, realizando los pagos en el mes de noviembre del 2017. Refirió que, no obstante, debía limitar la indemnización moratoria a la apertura del proceso de liquidación bajo el criterio que mantiene el Alto Tribunal.

De otra parte, respecto de la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro la negó atendiendo lo dispuesto en el artículo 34 del CST, aduciendo que la contratación se ha sujetado a los términos previstos en la ley, en tanto que la relación laboral no existe en la vida jurídica frente a la empresa usuaria por lo que es el empleador quien debe cumplir con sus obligaciones y responsabilidades frente a las acreencias laborales de los trabajadores, aunado cuando la misma ley previó la constitución de póliza de aseguramiento frente a las obligaciones en que incurra el empleador.

En lo que hace a la responsabilidad de la aseguradora advirtió de las pólizas allegadas al plenario, que en estas figuraban como tomador o garantizado Optimizar Servicios Temporales y como asegurado y beneficiario los trabajadores en misión al servicio del tomador; amparando los pagos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la empresa y que haya sido vinculados en vigencia de la póliza como ocurre con todos los actores.

Aclaró que, si bien el llamado en garantía lo hizo el Fondo Nacional del Ahorro, sin embargo, debía estudiar la responsabilidad de la aseguradora en tanto que su llamado se debía entender como “coparte” y no un tercero, permitiendo resolver las relaciones jurídicas entre la aseguradora y Optimizar Servicios Temporales SA. Conforme a ello, indicó que debía responder por la indemnización moratoria condenada, en virtud de las pólizas de aseguramiento, específicamente la 6347 con vigencia entre el 1 de enero del 2014 a enero del 2015 y DL07987 entre el 1 de enero del 2015 a enero de 2016. (Cuad.2 CD a fl.564).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que el A quo desconoció lo previsto en el artículo 54 de la Constitución Política, en tanto que en la valoración probatoria se ciñó a la forma y no a la realidad, además, porque no analizó el interrogatorio de una de las demandantes y testimonios practicados, mismos que daban cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro no contrató bajo las voces de la Ley 50 de 1990 a los demandantes, bajo situaciones de carácter excepcional.

Indicó que las demandadas no lograron justificar la vinculación, arrimando para tal efecto los contratos que reconocen que son necesidades de carácter permanente, como son el crecimiento y expansión. Sostuvo que los trabajadores laboraron durante más de 9 años al servicio de las demandadas, y si bien tal situación no fue puesta en la demanda, reiteró que el a quo contaba con facultades ultra y extra petita toda vez que fue demostrado, pese a que no fue discutido en el proceso. Manifestó que el Fondo Nacional del Ahorro actuó de manera irregular y ocultó una verdadera relación de trabajo inclusive no probó la razón de ser de la vinculación de los actores.

De otro lado, refirió respecto de la indemnización moratoria que los trabajadores no deben hacerse partícipes de las pérdidas de la compañía, inclusive cuando ha existido un comportamiento irregular, contó con los dineros a la terminación del contrato y se sometió a un proceso de reorganización que no cumplió, por lo que debía extenderse a la fecha efectiva del pago de prestaciones sociales. En lo que respecta a las costas

procesales adujo que debían ser impuestas también a la aseguradora Confianza. (Cuad.2 CD a fl.564).

5.2. Recurso de apelación Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. Inconforme con la anterior decisión sostuvo que debía revisarse la fecha límite hasta donde fue tasada la indemnización moratoria, toda vez que la temporal estuvo inmersa en un proceso de reorganización, el cual es contentivo de buena fe, pues aquel busca salvaguardar los intereses de la empresa, continuar desarrollando su objeto social y seguir manejando una nómina de trabajadores. Adicionalmente, adujo que debía tenerse en cuenta que los trabajadores fueron beneficiarios de la póliza y que, dada la restricción para mover el patrimonio, no pudo cancelar lo debido. Por otro lado, indicó que el valor tasado en las costas procesales que dispuso el juzgador primigenio le hace más gravosa su situación económica, toda vez que se encuentra en proceso de liquidación, afectando a los otros acreedores, de ahí que no esté de acuerdo con su monto. (Cuad.2 CD a fl.564).

5.3. Recurso de apelación Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA. Refirió en su alzada que no debía tenerse en cuenta el llamado en garantía en tanto que no existió vínculo contractual con el Fondo Nacional del Ahorro, no realizando correctamente su vinculación existiendo falta de legitimación en la causa. Indicó que las pólizas no se encontraron vigentes para la fecha de los extremos laborales, en tanto que la póliza tenía una vigencia del 2 de agosto del 2012 hasta el 1 de enero del 2015. Destacó que el Fondo Nacional del Ahorro no hace parte del contrato de seguro y la única forma de afectar el seguro es ante el Ministerio de trabajo o en la medida que la vinculación la realicen los demandantes.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. En su escrito refirió que respecto a la indemnización moratoria no hay lugar a ella por el no pago de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que a los aquí demandantes se les efectuaron todos los pagos de sus acreencias laborales en cumplimiento de la afectación de las pólizas DL007987 Y DL0088460 ordenado por el Ministerio de Trabajo según resoluciones 3863 del 2016 y 922 del 2017, en un trabajo mancomunado realizado por funcionarios del Ministerio del Trabajo y Optimizar; hecho que da a notar buena fe al no desconocer que se adeudaba a los ex trabajadores tales conceptos y de igual manera de buscar una solución para que se dieran estos pago de manera efectiva.

6.2. Liberty Seguros SA. Alegó en su favor que sea la resolución que tenga la alzada, de ninguna forma podrá afectar o modificar lo resuelto en relación con su llamado en garantía, en tanto la decisión goza de plena firmeza. Lo anterior, afirmó porque en el alcance de los recursos presentados, los cuales delimitan la estricta órbita de estudio de esta Sala, no se controvierte lo resuelto y argumentos que sirvieron para absolver a Liberty Seguros S.A. en calidad de llamada en garantía.

6.3. Fondo Nacional del Ahorro. Indicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del CST, no puede afirmarse que es la empleadora de los demandantes, en el entendido que no existió obligación contractual alguna de la que se derivara directamente la retribución del servicio y sumado a ello, nunca existió dependencia de aquellos con el Fondo. Refirió que, para cumplir los fines y propósitos de la entidad como la captación de afiliados, la colocación de créditos hipotecarios y de vivienda y el posicionamiento como único fondo de cesantías público, y de acuerdo con el plan nacional de desarrollo tuvo un incremento en las labores diarias, por tal motivo y de

conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, suscribió contratos con la empresa temporal, para el suministro de personal en misión, hecho este que ha sido reafirmado por la EST OPTIMIZAR al reconocer que efectivamente fue esta quien contrato los servicios de los trabajadores, y esta misma era quien directamente cancelaba sus salarios y demás prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación y Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA., 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) ¿Hay lugar a estudiar las pretensiones que se propusieron en la demanda como subsidiarias y, a partir de allí colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y Fondo Nacional del Ahorro, fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?
- (ii) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST sin darle valor al proceso de reorganización empresarial por el que atravesó Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, lo que desvirtúa la presunción de mala fe?
- (iii) O en sentido contrario ¿La indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST debe mantenerse hasta el pago de las prestaciones sociales debidas y no como lo determinó el a quo?
- (iv) Respecto de la llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA, esta ¿debe o no dar cumplimiento a las pólizas núm. 24DL007987, 24DL008460 y 24DL006347, bajo sus términos y condiciones?
- (v) Para el efecto de lo anterior, se deberá establecer ¿existe o no legitimación en la causa por activa del Fondo Nacional del Ahorro, para realizar el llamado de la citada aseguradora?
- (vi) ¿Hay lugar a imponer costas procesales en contra de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA?
- (vii) ¿Hay lugar a disminuir las costas procesales que se impusieron en contra de Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación?

Pretensiones subsidiarias

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aducen los apelantes sostuvieron con la entidad usuaria, según la cual descartan haber prestado sus servicios como trabajadores en misión enviados por Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, que las pretensiones principales de los actores en su demanda inicial se contrajeron a perseguir la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con la citada temporal, solicitando a su vez la declaratoria de responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro, en el pago de la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST dada

su calidad de beneficiario del trabajo en misión. Mientras que las pretensiones subsidiarias tuvieron como fin que se declarara que el Fondo Nacional del Ahorro fue el verdadero empleador del demandante, teniendo a Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador.

Ahora, como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, la sentencia de primer grado accedió parcialmente a las súplicas principales, en la forma atrás señalada, luego es evidente que el interés de la activa se contrae únicamente en el reproche sobre aquellas y no de las pretensiones subsidiarias, pues es evidente que estas últimas quedaron excluidas de toda discusión al haber tenido éxito en la forma dicha por el A quo la pretensión principal del escrito inaugural, consistente en la existencia de la relación laboral con Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. De ahí que se exija que la apelación que se proponga esté en consonancia con las materias del fallo de primera instancia y, no como ocurre en este caso, en donde la sustentación va encaminada a propender por la viabilidad de los pedimentos de orden subsidiario.

Lo anterior, porque tal como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisamente en SL2971-2021, las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando quiera que las principales no resulten acogidas por el juez de primer grado, por tratarse de una acumulación eventual o subsidiaria, excluyentes entre sí, todo lo cual impide que se puedan confrontar unas y otras, no siendo dable, entonces, en este caso en particular que la parte actora edifique la alzada frente a estas y, por ende, sobre materias distintas a las que fueron objeto de estudio por la juez de primera instancia, en la medida que no fueron desestimados en su totalidad los pedimentos de orden principal.

Así las cosas, en consideración a que la pretensión sobre la existencia de una relación de los actores con Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación prosperó y, tomando en cuenta que en efecto el recurso viene dirigido a controvertir las pretensiones de orden subsidiario que no son otras que la existencia de un vínculo laboral con el Fondo Nacional del Ahorro, la Sala concluye que no es dable pronunciarse de fondo sobre estas últimas de cara a lo dispuesto en el artículo 281 del CGP.

A lo anterior se suma que, dados los argumentos expuestos en el recurso, estos buscan en realidad que el vínculo laboral con el Fondo Nacional del Ahorro no se dé por lo menos en la forma en que lo hizo en la demanda y sobre la cual giró el litigio, en la medida que reclama existencia de un nexo contractual con otros hitos temporales, que no fueron objeto de debate por las partes, ni probado en este asunto como lo pretende hacer ver la censura.

En esas condiciones, no resta otra cosa a la Sala que mantener en firme la decisión del a quo.

Indemnización moratoria de la que trata el artículo 65 del CST frente al proceso de reorganización empresarial, Ley 1116 de 2006.

Los recurrentes contraen su inconformidad, por una parte, a que la citada sanción moratoria debe correr hasta el momento en que fueron canceladas las prestaciones sociales a los demandantes por parte de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA; en cambio aquella debe salir adelante tan solo hasta el día en que inició

el proceso de reorganización empresarial de Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación.

Sobre el particular, 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. Conforme a ello y dada la naturaleza eminentemente sancionatoria de la norma en cuestión, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que su aplicación no puede ser automática, debiendo el funcionario judicial, antes de imponer, verificar si el deudor tuvo alguna razón que justificara el no pago (SL1932-2021, SL109-2018, SL6621-2017, SL8216-2016, entre otras).

De acuerdo con lo expuesto, resulta indispensable estudiar los medios de pruebas arimados al plenario para determinar si se desvirtuó la presunción de mala fe por parte del empleador, generada por la omisión en el pago de las acreencias laborales de los demandantes, el cual debía realizarse a la finalización del vínculo laboral, siendo entonces necesario determinar si la convocada a juicio logró probar serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, es preciso señalar que a esta Corporación no le queda duda de que Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, se encontró en proceso de reorganización empresarial al cual se dio apertura el 15 de febrero del 2016 (Cuad.2 fl.527 a 531), por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento la Ley 1116 de 2006, sin embargo, bien sabido es 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 ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad demandada, como lo pretende la recurrente, pues si bien es cierto, la situación financiera conlleva a la apertura de la reorganización empresarial, no es menos cierto que, entre la fecha en que se admitió su apertura y la ruptura de los vínculos laborales que se produjo 30 de septiembre del 2015, pasaron cerca de 3 meses y 15 días, lo que quiere decir, que a la finalización de los laboríos la conducta de la empleadora no fue la de pagar inmediatamente las acreencias laborales de sus trabajadores, demostrándose con ello, una conducta desprovista de buena fe.

A lo anterior se suma que, aunque la recurrente indique que durante dicho lapso subsiste la crisis económica, situación que no permitió el pago de las acreencias laborales, no se puede pasar por alto que al revisar el auto proferido el 15 de febrero del 2016, se encuentra registrado que solo hasta el 31 de octubre del 2015 la empresa entró en cesación de pagos, por lo que si se toma esta última calenda con la de terminación, también pasó cerca de 1 mes, sin que tampoco se cancelaran las prestaciones sociales a los aquí demandantes, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por la sociedad apelante.

Ahora, el hecho de que el empleador entrará en reorganización imposibilitó que la promotora del concurso realizará sin autorización de la SuperSociedades, pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, por manera que todos sus acreedores debían hacerse parte del trámite concursal, situación que en relación con los actores ocurrió, pues participaron en el citado concurso. Además, dada a la apertura de la

liquidación de la que sufrió la temporal, llevó al Ministerio del Trabajo, mediante Resolución No. 003863 de 2016 declarar el siniestro de la Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales DL007987 del 5 de enero del 2015 y DL008460 del 4 de enero del 2016 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA, lo que permitió a su vez que los trabajadores el 28 de noviembre del 2017 recibieran el pago de sus prestaciones sociales.

No obstante, como se evidenció, la empresa demandada no expuso razón suficiente para que pudiese ser exonerada de la sanción moratoria, dado que se evidenció que el actuar de la entidad demostraba ausencia de buena fe, la cual tampoco varía por el hecho de que la temporal entrará en proceso de reorganización y posterior liquidación, pues a juicio de esta Sala, se puede observar que el motivo que llevó a la empresa demandada al aducido proceso fue a causa de las obligaciones financieras que contrajo en el exterior, a la cartera que nunca recuperó y las inversiones y adquisición de activos fijos que afectó el flujo de caja de su operación diaria; llevando a su vez a que la liquidación fuese dada por el incumplimiento presentado por la compañía frente a los requerimientos contables y financieros que se hicieron en el transcurso del proceso de reorganización empresarial y la actitud remisa respecto "*de las órdenes expresadas, las irregularidades advertidas en su contabilidad*".

De tal suerte que la situación que llevó a la insolvencia de la empresa no fue por una causa extraña a la actividad comercial y financiera de la empresa, lo que sin duda puso en peligro los derechos de los trabajadores, entre esos las acreencias de los demandantes, por manera que, siguiendo el derrotero jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otro, la sentencia de rad. 37288, 24 ene. 2012, deber acceder a la moratoria en la forma solicitada por los promotores del proceso, pues se itera, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva, máxime si se tiene en cuenta el lapso que subsistió entre la terminación del contrato de trabajo y el proceso de reorganización, era más que suficiente para haber realizado el pago de las prestaciones sociales.

Siendo, así las cosas, se modificará el numeral segundo de la decisión tomada por la Juez de primera instancia y se condenará a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN LIQUIDACIÓN** al pago de la indemnización moratoria en la forma pedida por los recurrentes, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 115, acta de reparto del 9 de septiembre del 2015). Ello, en atención a que no se podía condenar directamente a la aseguradora **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA CONFIANZA** al pago de la citada sanción, sin tener en cuenta que la indemnización moratoria está atada a la cobertura del contrato de seguros, los riesgos amparados, vigencia y hasta el monto en que es señalado, como se estudiará más adelante.

En definitiva, se ordenará el pago de la siguiente manera:

- María Jimena Galeano de Giraldo, le corresponde la suma de \$363.333,33 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto de prestaciones sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de \$ 282.673.333,33.
- José Fernando Franco Buitrago, le corresponde la suma de \$106.666,67 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto

de prestaciones sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de \$ 82.986.666,67.

- Adriana Victoria Ariza Ovalle, le corresponde la suma de \$106.666,67 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto de prestaciones sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de \$ 82.986.666,67.

Indemnización Moratoria - María Jimena Galeano de Giraldo						
SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA	TOTAL
\$ 10.900.000	1/10/2015	28/11/2017	\$ 363.333,33	778	\$ 282.673.333,33	\$ 282.673.333,33
Indemnización Moratoria - - José Fernando Franco Buitrago						
SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA	TOTAL
\$ 3.200.000	1/10/2015	28/11/2017	\$ 106.666,67	778	\$ 82.986.666,67	\$ 82.986.666,67
Indemnización Moratoria -- Adriana Victoria Ariza Ovalle						
SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA	TOTAL
\$ 3.200.000	1/10/2015	28/11/2017	\$ 106.666,67	778	\$ 82.986.666,67	\$ 82.986.666,67

Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral devengaba el salario allí señalado, en la medida que no fue objeto de reproche por las partes.

Llamamiento en garantía

Sobre tal aspecto, aduce la aseguradora apelante que el A quo se equivocó al considerar que existía legitimación del Fondo Nacional del Ahorro para ser su llamado, esgrimiendo que quien debía propender por su comparecencia eran los beneficiarios del seguro o en su defecto su tomador, en este caso Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación. Además, sostiene que la póliza por la que fue llamada en garantía no cubre las condenas aquí impuestas en tanto que el riesgo generado fue con posterioridad a su vigencia.

En tal direccionamiento, en lo que se refiere a la figura del llamamiento en garantía, cumple recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

De lo dicho deviene, entonces que, aunque es cierto que las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales tienen como beneficiarios a los trabajadores en misión al servicio del tomador y en esa medida debiéndose por aquellos propender en principio

por el llamado de la aseguradora; es claro que su vinculación en calidad de llamada en garantía que derivó de la solicitud efectuada en la contestación de la demanda del Fondo Nacional del Ahorro, se ajustó a lo dispuesto en el artículo 64 del CGP, pues su petición se fundó básicamente por el vínculo jurídico que aquel tuvo con Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación, con sujeción a las disposiciones legales que regulan el ejercicio de las Empresas de Servicios Temporales, que exigen cuando menos, por la celebración de los contratos de prestación de servicios comerciales, la indicación del nombre de la compañía aseguradora con la cual se garanticen las obligaciones laborales de los trabajadores en misión, en los términos de los artículos 8 y 17 del Decreto 4369 de 2006.

En esa medida, no es cierto que no exista relación jurídica procesal del Fondo Nacional del Ahorro y la llamada en garantía, pues es claro que su llamado por aquel es producto de la sujeción legal que se fundó respecto de la suscripción de los contratos de comerciales núm. 275 del 26 de noviembre del 2014 y 147 de 1 de julio del 2015, que por disposición legal y reglamentaria exige que al momento de suscripción se ponga de presente por la empresa de servicios temporales la póliza de garantía que constituyó en favor de los trabajadores en misión, ello con el fin de asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en caso de iliquidez.

En tal sentido, no se constata yerro alguno de la Juez de primer grado al mantener incólume su comparecencia, además, porque es claro que las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales a su vez sirvieron de base para que los trabajadores exigieran el cumplimiento de las obligaciones pendientes por su otrora empleadora y que finalmente desembocó en su pago. A lo anterior se suma, que dicho llamado cumple con su cometido, en tanto que permite a las partes en contienda definir el litigio, sin que tengan que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Sentado lo anterior, resta examinar entonces si, como afirma la aseguradora recurrente, la juzgadora de primer grado desconoció las condiciones de la póliza, aduciendo que el amparo no estaba circunscrito a la vigencia de las relaciones laborales de los demandantes.

En esa medida, basta con revisar los medios de convicción allegados al cartapacio para darse cuenta que, si bien la póliza de cumplimiento de disposiciones legales núm. DL006347 tuvo como vigencia entre el 2 de enero del 2014 al 1 de enero del 2015 y, por tanto, el período de cobertura no cubre el segmento de tiempo reclamado por los actores; lo cierto es que con posterioridad se suscribieron dos pólizas de cumplimiento de disposiciones legales cuyo tomador fue Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación en beneficio de los trabajadores, con vigencia, la primera de ellas, entre el 1 de enero del 2015 al 1 de enero del 2016, identificada con el núm. DL007987; y la segunda, desde el 1 de enero del 2016 al 1 de enero del 2017, identificada con el número DL008460 de fecha 4 de enero del 2016, amparando su cobertura al hito temporal de las relaciones laborales declaradas a los actores.

Así las cosas, como quiera que la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA. es parte circunstancial del proceso, teniendo en cuenta el hecho derivado de la póliza de seguros que devino por disposición legal y reglamentaria, y al igual, como el periodo de cobertura de la póliza DL007987 cubre el segmento de tiempo reclamado, se **ADICIONARÁ** el numeral 5° a la decisión reprochada y, en esa medida se **CONDENARÁ** a la citada aseguradora haga efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales núm. DL007987, únicamente sobre la cobertura exclusiva de los

riesgos amparados y hasta el máximo del valor asegurado. Por manera que, si la citada póliza no cubre la totalidad de las sumas impuestas en esta providencia, deberá continuar en lo sucesivo con su pago la demandada **Optimizar Servicios Temporales SA – En Liquidación**.

Costas en primera instancia a cargo de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA.

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 llamada en garantía se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que no acertó el a quo al abstenerse de imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa. En esas condiciones, se modificará parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, ordenando costas de primera instancia a cargo de la asegurada.

Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas

Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante la Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el juez primigenio.

Sin costas en esta instancia 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: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA – EN LIQUIDACIÓN** a pagar a favor de los demandantes los siguientes emolumentos:

- A favor de María Jimena Galeano de Giraldo la suma de \$363.333,33 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto de prestaciones sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de **\$282.673.333,33**.
- José Fernando Franco Buitrago la suma de \$106.666,67 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto de prestaciones sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de \$82.986.666,67.
- Adriana Victoria Ariza Ovalle la suma de \$106.666,67 desde el 1 de octubre del 2015 hasta la fecha en que se produjo el pago por concepto de prestaciones

sociales, esto es, 28 de noviembre del 2017, lo cual asciende a un total de \$82.986.666,67.

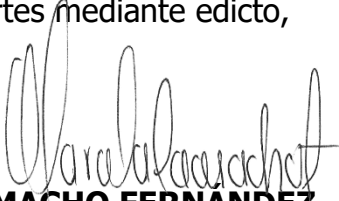
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 5° a la decisión reprochada y, en consecuencia, **CONDENAR** a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA – CONFIANZA SA** haga efectiva la póliza de cumplimientos de disposiciones legales núm. DL007987, únicamente sobre la cobertura exclusiva de los riesgos amparados y hasta el máximo del valor asegurado. En la medida de que la citada póliza no cubra la totalidad de las sumas impuestas en esta providencia, deberá continuar en lo sucesivo con su pago la demandada **Optimizar Servicios Temporales SA – En Liquidación**, conforme a lo motivado.

TERCERO: MODIFICAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, ordenando que las costas procesales también estarán a cargo de la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza SA.

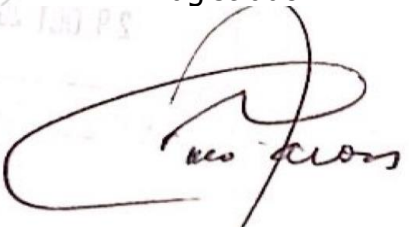
CUARTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en la alzada.

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: CARINA CORREDOR ÁVILA
Demandado: LUIS ENRIQUE BEJARANO GONZÁLEZ Y OTRA
Radicado No.: 27-2019-00371-01
Tema: INDEMNIZACIONES MORATORIAS - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio 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. Carina Corredor Ávila, instauró demanda ordinaria contra Luis Enrique Bejarano González y María Teresa Bejarano González, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 22 de septiembre del 2015 hasta el 17 de septiembre del 2018, el cual fue terminado con justa causa por parte de la trabajadora. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de la prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, auxilio de cesantía y sus intereses, sanción por la no consignación de cesantías, aportes al sistema general de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, indexación; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 22 de septiembre del 2015 ingresó a laboral al servicio de los demandados, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para desarrollar el cargo de cocinera en el establecimiento de comercio Delicias Terelu de propiedad del demandado. Indicó que al inicio de la relación laboral devengaba un salario de \$40.000 y a partir del mes de diciembre del 2015 la suma de \$50.000. Agregó que el 17 de septiembre del 2018 renunció a su empleo ante la falta de garantías laborales, y pese a ello tampoco se le hizo el pago de sus acreencias laborales. (folios 8 a 21).

2. Contestación de demanda. En providencia calendada 25 de febrero del 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de los encartados al no ser presentada en oportunidad procesal dispuesta. (fol. 72)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de noviembre del 2020, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, con vigencia desde el 9 de septiembre del 2015 al 12 de septiembre de 2018. Así, condenó al pago del auxilio de cesantía y

sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía, indemnización moratoria, aportes al subsistema de seguridad social en pensión, y costas del proceso.

Para los efectos del recurso propuesto, el aquo se refirió al contenido de 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, para significar que se encuentra suficientemente probada la prestación personal de la trabajadora como cocinera en el establecimiento de comercio de propiedad del demandado, principalmente cuando los mismos demandados confesaron la existencia del vínculo laboral, sus extremos temporales y horario, considerando, entonces, pertinente declarar su existencia.

En lo que respecta a las sanciones moratorias, manifestó sobre la señalada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que el empleador debió consignar en el fondo de cesantías que elija el trabajador el auxilio de cesantía que se cause en vigencia de la relación laboral, sin que sea dable tener por cierto los anticipos entregados a la trabajadora, en tanto que no se acreditaban los supuestos normativos para tal efecto.

En lo que hace a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, sostuvo que los demandados no pagaron las prestaciones sociales, sin que hayan demostrado una razón atendible y justificable de la mora en el pago de tales acreencias, toda vez que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa. Agregó que los demandados desconocieron los principios mínimos y fundamentales de la trabajadora, pese haber sido asesorados jurídicamente por un abogado; situaciones que no son indicativas de buena fe. (Cd. fol. 76)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación de los demandados. Formuló recurso de apelación arguyendo que existe mala fe de la demandante al imponer en la demanda pretensiones condenatorias basadas en el contrato de trabajo, sacando provecho en contra de sus empleadores. Indicó que las condenas son exageradas, además, que, por ser un establecimiento comercial, no cuenta con dineros para responder por la multa por el no pago de prestaciones sociales. Agregó que debía revisarse el monto de las condenas, insistiendo que no ha negado el vínculo laboral, pero no están en capacidad soportar la condena respecto del pago de las sanciones que se le impusieron por el no pago de prestaciones sociales. (CD fol. 76)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En sus alegaciones solicitó que se confirme la sentencia de primer grado toda vez que se logró probar todos los elementos del contrato de trabajo entre las partes, además, la existencia de mala fe con la que actuaron los demandados al no cancelar las prestaciones sociales como quedó demostrado y confesado por los demandados.

6.2. Parte demandada. No presentaron alegatos en oportunidad procesal dispuesta para tal fin.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada 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.

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

- ✓ ¿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 y la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuando era evidente la existencia de buena fe de la pasiva en sus actuaciones frente a la actora?
- ✓ ¿Hay lugar a disminuir las costas procesales que se impusieron en contra de Optimizar Servicios Temporales SA – en Liquidación?

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 indefinido vigente entre el 9 de septiembre del 2015 al 12 de septiembre de 2018, tampoco que la labor desempeñada por la trabajadora fue de cocinera, 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 compensación de vacaciones. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Indemnizaciones moratorias

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización y sanción moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y de depósito del auxilio de cesantía, aduce el recurrente que como empleadores no pueden soportar su pago, en tanto que no cuentan con los recursos suficientes para disponer su cancelación. Además, alega que la actora actuó de mala fe al proponer en su demanda este tipo de pretensiones condenatorias, con soporte de un contrato de trabajo que no desconocieron.

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. 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 retraso.

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 actuó 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 con argüir que se estaba con pleno convencimiento que entre las partes se había pactado una forma de remuneración que incluía el pago de las prestaciones sociales, cuando es evidente que tal aspecto sólo denota su mala fe, pues, con ello pretendió desconocer el mínimo de derechos y garantías que están previstas en la Ley y en la misma Constitución Política, sin que sea un eximente de responsabilidad el hecho de que se haya contado con la avenencia de la parte actora ya que tienen el carácter de irrenunciables, por lo que mal haría esta Sala enervar a la enjuiciada de las sanciones que le fueron impuestas.

En este punto, se debe hacer notar que, contrario a lo dicho por la pasiva, las sanciones moratorias no están condicionadas al hecho de que la empleadora esté en la facultad de soportarlas, pues, imperativo resulta recordar que su procedencia está atada únicamente al no pago de salarios y prestaciones sociales a la data de terminación del contrato o en el caso de las cesantías a su falta de consignación dentro de la oportunidad dispuesta en la ley, con las advertencias que señalaron al inicio de esta providencia.

Además, debe dejarse claro que el hecho de que la actora reclame las sanciones moratorias en esta jurisdicción laboral no es sinónimo de que esté actuando de mala fe. De hecho, se le recuerda al apoderado judicial de los demandados, que los trabajadores cuentan con dicha facultad en virtud de la misma Constitución y Ley, que les permite acceder a la administración de justicia con la finalidad de que se les protejan sus derechos frente a quienes pretenden restarle eficacia, en este caso el empleador.

Con todo, resulta forzoso concluir que no se advierte error en la sentencia reprochada al encontrar demostradas las condiciones para la procedencia de las indemnizaciones moratorias, resultando forzoso para la Sala confirmar en su integridad la decisión de la juzgadora de primer grado.

Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas

Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante la Juez de primera instancia.

Bajo ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el a quo.

Costas.

En esta instancia a cargo de los demandados, 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 24 de noviembre del 2020, 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 actora y a cargo de Luis Enrique Bejarano Gonzáles y María Teresa Bejarano González.

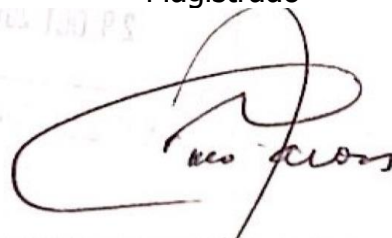
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

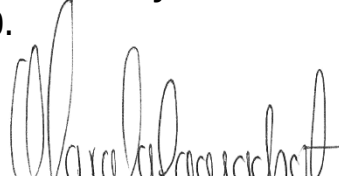


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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 actora y a cargo de cada uno de los demandados Luis Enrique Bejarano Gonzáles y María Teresa Bejarano González, en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada