

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA MARGARITA BORRERO RESTREPO
CONTRA CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN- FIDUCIARIA LA
PREVISORA S.A- VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO
AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA MARGARITA BORRERO RESTREPO presentó demanda contra CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. AGENTE LIQUIDADOR-, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 por suspensión extralegal, se deben pagar, por el incumplimiento de CAPRECON EN LIQUIDACIÓN a los acuerdos que los habían suspendido. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la entidad demandada a pagar el reajuste de salarios y prestaciones sociales legales y convencionales desde el 12 de junio de 2003 hasta el 2 de enero de 2011

fecha de su desvinculación, específicamente los beneficios consagrados en los artículos 39 literal b, 41, 50, 54, 55, 67 de la Convención Colectiva.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar para CAPRECOM EICE mediante contrato de trabajo a término indefinido el 5 de abril de 1981 y se retiró el 2 de enero de 2011 desempeñando el cargo de Profesional de salud especializado y devengando un salario de \$4.591.996. Manifiesta que en el transcurso del año 2003 SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suspendieron temporalmente por 10 años los beneficios de la convención colectiva con el fin de que la Caja mantuviera equilibrio financiero y se evitara su liquidación. Explica que para el año 2013 SINTRACAPRECOM y CAPRECOM evaluaron la situación de la entidad y dispusieron la continuidad de los beneficios por 5 años más, no obstante, considera que hubo incumplimiento de los acuerdos por el gobierno pues en el año 2015 se dispuso la liquidación de la entidad, con lo cual recobraron vigencia las cláusulas convencionales suspendidas. Afirma que no existe cosa juzgada en la conciliación que suscribió para la terminación del contrato de trabajo (Expediente digital ver demanda principal¹ folio 125 al 187).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A- VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones afirmando que los acuerdos convencionales pactaron la suspensión de algunos puntos de la convención y la creación de otros con el fin de apoyar el plan del salvamento de la entidad, y que no es viable pretender que recobraron vigencia de forma retroactiva con la liquidación de la entidad. Propuso como excepciones *falta de competencia, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago y buena fe* (Expediente digital Cuaderno 2- Ver contestación folios 242 a 255).

¹ Se evidencia que en la subsanación de la demanda (folios 125 a 224) se relataron hechos y pretensiones totalmente diferentes a la demanda inicial, el litigio versó sobre la demanda principal.

En la primera audiencia de trámite, se declaró probada falta de competencia y el proceso fue remitido a los Juzgados Administrativos. Sin embargo, el Consejo superior de la Judicatura (cuaderno No. 2 – expediente digital) al dirimir el conflicto de competencia asignó el conocimiento del expediente al Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá.

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 25 de enero de dos mil veintiuno (2021) mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte accionada. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo suscrito a término indefinido entre la demandante MARIA MARGARITA BORRERO RESTREPO y la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES – CAPRECOM, cuyos extremos son el 4 de mayo de 1981 y el 1 de febrero de 2011. SEGUNDO: DECLARAR que la demandante MARIA MARGARITA BORRERO RESTREPO estuvo afiliada al SINDICATO SINTRACAPRECOM y por tanto era beneficiaria de las Convenciones Colectivas suscritas entre la organización sindical y la entidad empleadora CAPRECOM. TERCERO. DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la parte demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del PAR CAPRECOM. CUARTO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del PAR CAPRECOM, de las demás pretensiones de la demanda, propuestas por MARIA MARGARITA BORRERO RESTREPO, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandante MARIA MARGARITA BORRERO RESTREPO, liquídense por secretaría incluyendo la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en las que se estiman las agencias procesales a favor de la demandada SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del PAR CAPRECOM. SEXTO: En caso de no ser apelado la presente decisión, remítase el expediente al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de*

Consulta, al haber resultado totalmente adversa a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte demandante afirma que no se podía presentar la demanda dentro de los 3 años siguientes al año 2011, cuando termino su vínculo laboral, porque en ese momento los derechos estaban suspendidos y sólo se reactivaron por el incumplimiento del Gobierno cuando se ordenó la liquidación de CAPRECOM, con el Decreto del año 2015. Afirma que los acuerdos extra-convencionales que suspendieron los beneficios extralegales pactados (año 2003 – 2013) se deben considerar inexistentes por haber desmejorado las condiciones laborales, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia² (Audio 4 Min 50:02).

² “Gracias señora Juez, de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su Despacho en los siguientes términos, la sentencia proferida por su honorable Despacho se fundamenta o tiene dos puntos esenciales, de los cuales pues nos apartamos en lo que tiene que ver con la retroactividad de los Derechos laborales y el tema de la prescripción, como excepción propuesta por la entidad demandada, abajo lo cual me permito manifestar lo siguiente, respecto de la retroactividad de los Derechos laborales, en el presente asunto, teniendo en cuenta pues los poderes del Juez Laboral y teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada y expedida por la Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Laboral respecto de los acuerdos extraconvencionales tengo que manifestar que los acuerdos extraconvencionales que se presentaron dentro de la presente litis, esto es, año 2003 y año 2013, pues en realidad y en la vida jurídica nunca han existido teniendo en cuenta que los mismos han desmejorado las condiciones laborales de los acuerdos convencionales fijados ante CAPRECOM y SINTRACAPRECOM a la luz y la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia, cuando un acuerdo extra convencional desmejora las condiciones de los acuerdos convencionales, estos nunca han existido o se entiende que nunca realmente tuvieron que haber nacido a la luz de la jurisprudencia, incluso sin que se tenga que declarar la nulidad en el mismo y la ilegalidad de los mismos, por qué, porque la naturaleza de los acuerdos extraconvencionales es aclarar o mejorar las condiciones de los acuerdos convencionales y nunca desmejorarla como en el presente asunto ocurrió, cuando se suspenden derechos laborales de una convención colectiva de trabajo, como en el presente caso ocurrió, que entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, este acuerdo, lo que está haciendo es desmejorando las condiciones laborales ya adquiridas por parte de los trabajadores sindicalizados, es en virtud de la anterior que respecto a la retroactividad nos apartamos de la postura adoptada por su honorable Despacho, consideramos muy respetuosamente que se tuvo que haber dado aplicación a la no viabilidad de los acuerdos extraconvencionales, pues teniendo en cuenta las argumentaciones anteriormente expuestas. Ahora bien, respecto de la prescripción de la acción laboral, igualmente nos apartamos y en el menciona su señoría el tema de la causación, la causación de los derechos, la parte demandante no podía haber demandado dentro de los 3 años siguientes al año 2011 porque los derechos no se habían causado, no se habían generado, por qué, porque todavía estaban suspendidos, mientras que, cuando se ordena la liquidación de CAPRECOM, con el Decreto del año 2015, diciembre del año 2015, es desde esa fecha que los derechos al dejar de estar suspendidos a la luz de estos acuerdos extraconvencionales, cobran entonces su fuerza para

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en la alzada que la demandante prestó servicios para CAPRECOM entre el 5 de abril de 1981 y el 2 de enero de 2011 como Profesional en Salud Especializada, y que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 4, 37 a 38 y la carpeta 1- folios 12, 49, 187 a 191 del expediente digital.

El Tribunal debe definir si la liquidación de CAPRECOM EICE ocurrida en el año 2015, reactivó o NO el pago de los beneficios convencionales suspendidos mediante los acuerdos *extraconvencionales* firmados en el año 2003 y en el año 2013, y si le asiste o no derecho a la demandante al reconocimiento de los beneficios dejados de percibir.

Para decidir lo que corresponde se debe advertir, en primer lugar, que no operó la prescripción de la acción judicial para el reconocimiento de tales derechos pues solo se podía reclamar o *exigir*³ el reconocimiento y pago de los

demandar, situación que efectivamente ocurrió, porque fue en este espacio de tiempo, 2016, como bien lo menciona su Despacho, que se presentaron las correspondientes reclamaciones administrativas y posteriormente, entonces se presentó la correspondiente demanda ordinaria laboral, es decir, que la causación de los derechos laborales no puede ser exigida anteriormente porque los mismos se encontraban suspendidos... con la convención del año 2013, si bien es cierto la señora Margarita ... año 2011, pues fue solamente hasta el año 2015 los derechos empezaron a ser exigibles para ello por cuanto fue en ese momento entró en liquidación CAPRECOM, bajo esos argumentos señora Juez, es que nos apartamos de la decisión proferida por su Despacho, y de esa manera dejamos sustentada la correspondiente apelación contra el fallo de primera instancia. Muchas gracias".

³ CPL. Artículo 151. *PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*

beneficios suspendidos desde la fecha en que ellos se pudieron causar, cuando se liquidó la entidad.

Definido lo anterior, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que el acuerdo suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 23 de junio del 2003 dispuso la suspensión, por un término inicial de 10 años, de los siguientes beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo: dotación, auxilio de transporte, descanso especial o dominical, prevención del SIDA, vacunación contra la Hepatitis B, nutrición infantil, guardería, dotación de libros y aportes educativos, se acordó en caso de que se decretara aumento salarial por el gobierno nacional que se incrementaría para el año 2003 a los funcionarios que devengaban \$750.000 y a partir de la fecha de expedición del decreto en los años subsiguientes, conforme al IPC⁴. Dicha suspensión se amplió por 5 años adicionales, mediante acuerdo suscrito el 7 de junio de 2013, modificando el incremento salarial y reactivando el pago del beneficio contenido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo denominado *descanso especial o adicional*.

Además, las partes acordaron claramente en ambos textos, la reactivación de las cláusulas convencionales con la apertura del proceso liquidatorio de la entidad, lo que sucedió con el Decreto 2519 del 28 de diciembre del 2015. Dice el numeral 8º del Acuerdo suscrito el 23 de junio de año 2003: *“en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o*

⁴ Igualmente se dispuso la suspensión del plan complementario de salud. Dice el texto: *“b. El artículo 28 y/o el que corresponda al título de Conservación y Desarrollo de derechos adquiridos en salud, las partes acuerdan que se suspende en los términos del tiempo necesario dentro de los próximos 10 años, contados a partir de la fecha en que se firme el acuerdo. Los beneficiarios del PAC que al momento de suspensión de este artículo tengan tratamientos en curso, tendrán este derecho hasta por dos (2) meses más, en los casos de patologías agudas. Los demás beneficios del PAC se suspenden desde la entrada en vigencia del Acuerdo”*

liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación” (ver folio 73).

Por ello a partir del 28 de diciembre de 2015 se volvieron a causar los derechos convencionales que nacían de las cláusulas suspendidas.

Sin embargo, de ello no se puede entender -como lo hace la parte actora- que las normas reactivadas puedan tener aplicación durante los lapsos de suspensión, pues de hacerlo se les estarían dando efectos retroactivos.

Por mandato categórico del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, las disposiciones normativas que regulan el trabajo rigen hacia el futuro y no afectan situaciones jurídicas definidas o consumadas durante el tiempo en que las normas no existían estaban derogadas o suspendidas, como ocurrió con la convención colectiva que contenía los beneficios reclamados en este proceso.

Por ello a partir del 28 de diciembre de 2015 se volvieron a causar los derechos convencionales que nacían de las cláusulas suspendidas.

Sin embargo, de ello no se puede entender -como lo hace la parte actora- que las normas reactivadas puedan tener aplicación durante los lapsos de suspensión, pues de hacerlo se les estarían dando efectos retroactivos.

Por mandato categórico del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, las disposiciones normativas que regulan el trabajo rigen hacia el futuro y no afectan situaciones jurídicas definidas o consumadas durante el tiempo en que no existían por estar derogadas o suspendidas, como ocurrió con la convención colectiva que contenía los beneficios reclamados en este proceso.

Para responder al argumento de la apelación se debe precisar que el criterio jurisprudencial plasmado en la sentencia SL 2105 de 2015, reiterado en la sentencia SL 548 de 2019, versa sobre la invalidez de los acuerdos extra-

convencionales que pretenden desmejorar en forma definitiva las condiciones pactadas en una Convención Colectiva y en el caso bajo estudio los acuerdos suspendieron *temporalmente* la vigencia de algunas de las cláusulas de la convención, que es cosa diferente, además lo hicieron al amparo del artículo 42 de la Ley 550 de 1999 que así lo permitía para las entidades en reestructuración siempre que las prerrogativas suspendidas excedieran el mínimo de derechos que disponen las Leyes para los trabajadores en Colombia. El artículo 42 de la Ley 550 de 1999 fue declarado exequible salvo la expresión “*pacto colectivo*”, mediante la sentencia C-1319 de 2000 que tiene efectos de Cosa Juzgada Constitucional y es por ello de obligatorio acatamiento para todos los jueces⁵.

En conclusión, si bien es cierto que las cláusulas convencionales recobraron vigencia por la liquidación de CAPRECOM, ello no implica el reconocimiento retroactivo de los beneficios que se encontraban suspendidos, pues en los acuerdos extra-convencionales no se estipuló el pago de los derechos dejados

⁵ La Ley 550 de 1999 regía cuando se suscribió el acuerdo extra-convencional. Sobre el artículo 42 la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-1319 de 2000 lo siguiente: “(...) *Para la Corte, el nuevo acuerdo modificador de una convención anterior, en el cual, a fin de restablecer el equilibrio económico afectado por las nuevas circunstancias imprevistas, patronos y trabajadores deciden suspender o reducir temporalmente derechos laborales antes reconocidos, no resulta contrario a la Carta. En efecto, los derechos laborales que se reconocen en las convenciones colectivas son de naturaleza extralegal y una vez adquiridos no pueden ser desconocidos unilateralmente por el empleador, ni eliminados por leyes posteriores, pero ello en sí mismo no impide una concertación para acordar su suspensión total o parcial, como lo propone la normatividad demandada.*

Por ello, las normas acusadas que, como medidas de intervención económica en asuntos laborales, permiten que dentro de los acuerdos de reestructuración destinados a lograr la recuperación de empresas en crisis se incluyan convenios temporales concertados directamente entre el empresario y el sindicato que legalmente pueda representar a los trabajadores, suscritos con el fin de suspender total o parcialmente prerrogativas económicas que excedan del mínimo legal, no desconocen derechos adquiridos. Para la Corte esta posibilidad no está proscrita por las normas superiores”.

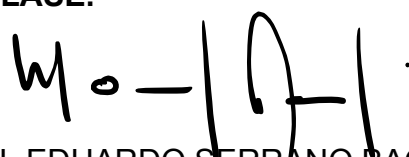
en suspenso. En el caso de la demandante, los derechos que pudieran surgir entre los años 2003 y 2011 no se pudieron causar por falta de sustento normativo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandante.

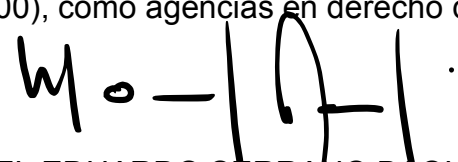
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ROSA ELENA HERNÁNDEZ JARAMILLO
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por la entidad demandada y estudiar el grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2020 por el Juez Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la UGPP pagar pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, suscrita por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el sindicato SINTRACREDITARIO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ROSA ELENA HERNÁNDEZ JARAMILLO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se le reconozca pensión de jubilación extralegal con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y SINTRACREDITARIO vigente para los años 1998 y 1999,

a partir del 10 de abril de 2005 (cuando cumplió 50 años de edad), en cuantía del 75% de lo devengado en el último año de servicios debidamente indexado, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre. Pide que se aplique el precedente de la Corte Suprema de Justicia contenido en la sentencia SL 289 de 2018 (ver folios 3 a 16 del expediente).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la convención colectiva perdió vigencia con la reforma que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005, y advirtió que la actora no acreditó su vínculo con la organización sindical SINTRACREDITARIO. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación de pagar la pensión de vejez, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad y no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno* (ver folios 58 a 66 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de diciembre de 2020, a través de la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar en favor de la demandante la pensión de jubilación extralegal reclamada. La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora ROSA ELENA HERNÁNDEZ JARAMILLO prestó sus servicios para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO del 13 de febrero de 1978 al 27 de junio de 1999. SEGUNDO: DECLARAR que la señora ROSA ELENA HERNÁNDEZ JARAMILLO es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo de 1998 – 1999, suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el sindicato SINTRACREDITARIO. TERCERO: DECLARAR que la pensión solicitada es compatible con la de vejez que pueda reconocerle la administradora de pensiones a la que se encuentre o estuviese afiliada la demandante. CUARTO: SE CONDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar*

la pensión convencional a la señora ROSA ELENA HERNÁNDEZ JARAMILLO, causada desde el 10 de abril de 2005, con una mesada inicial de \$1.212.971. QUINTO: SE CONDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar el retroactivo de lo que corresponda al mayor valor si lo hubiese, desde el 27 de mayo de 2016 y hasta que sea ingresada en nómina de pensionados, de manera indexada. SEXTO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, al pago de las costas, incluyendo en ellas la suma fijada como agencias en derecho correspondiente a \$500.000. Tásense. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior” (Audiencia virtual del 03 de diciembre de 2020, minuto 47:10).

Para tomar su decisión, el juez concluyó que la demandante demostró los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para acceder a la pensión extralegal de jubilación, pues completó 20 años de servicios prestados a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, y cumplió la edad de 50 años en el año 2005, y resaltó que si bien este último aspecto no era un requisito de estructuración del derecho conforme el criterio jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, tanto el requisito de causación como de exigibilidad del derecho se cumplieron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Además, señaló que la demandante es beneficiaria de los derechos extralegales pactados en la Convención Colectiva de Trabajo, conforme certificado de afiliación de la trabajadora a la organización sindical SINTRACREDITARIO y el contenido del artículo 4° de la norma convencional, el cual establece que los beneficios convencionales se extendieron a todos los trabajadores que estuviesen en servicio para el momento de su celebración (año 1998). Tasó el valor de la primera mesada pensional para el año 2005 en la suma de \$1.212.971 pesos y, por prescripción, ordenó el pago del derecho a partir del

27 de mayo de 2016, sobre 14 mesadas anuales, con indexación, y advirtió que no tasó en concreto el valor del retroactivo pensional pues se trata de una pensión compartida cuya mesada se debe definir conforme a la diferencia que se genere respecto de la pensión legal de vejez que se le reconozca o haya reconocido a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la UGPP pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia y se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas, aduciendo que la demandante no cumplió el requisito de la edad dentro de la vigencia de la convención colectiva, como lo exigía el artículo 41 de la norma convencional (audiencia virtual No 1, minuto 50:10)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que la demandante prestó servicios a la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO entre el 13 de febrero de 1978 y el 27 de junio de 1999, esto es, por 21 años, 4 meses y 15 días (folio 19), y (ii) que cumplió 50 años el 10 de abril del 2005 (ver registro civil de nacimiento a folio 17 y cédula de ciudadanía a folio 18 del expediente).

Para resolver la apelación se debe recordar que los parágrafos transitorios primero y segundo del artículo 48 de la Constitución Política terminaron la vigencia de las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional. Por ello, los derechos que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se

¹ “En el caso de la UGPP, en el momento procesal oportuno presento recurso de apelación contra sentencia proferida, haciendo hincapié en que para este caso la edad no se cumplió dentro de la vigencia, según lo acordado en el artículo 41 de la Convención. Entonces, en este sentido, solicito al Tribunal superior de Bogotá – Sala Laboral que haga el estudio pertinente sobre este requisito que no se cumplió. Esta es mi forma de presentar el recurso de apelación contra esta sentencia. Muchas gracias”.

tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de reconocimiento en el futuro por ausencia de fundamento normativo. Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar una pensión tienen un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido a la prestación convencional, derecho que no pudo ser derogado o revocado por normas posteriores de rango legal o constitucional.

Así las cosas, se debe definir la fecha en que se causó el derecho pensional extralegal que reclama la demandante, para verificar si se extinguió o no con el acto legislativo 01 de 2005.

Sobre la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (visible en el archivo No 2 del expediente digital)² y el momento en que se causan los derechos pensionales que regula, se han expresado diversas interpretaciones en el tiempo.

La última interpretación la contienen las sentencias SL 1098 de 2019, SL 4550 de 2018 y SL 289 de 2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y según ella la pensión de jubilación extralegal de trabajadores de la Caja Agraria se debe entender como un derecho causado y adquirido en el momento en que el trabajador cumplió 20 años de servicios, sin que importe para el efecto la edad pues, en palabras de la Sala Laboral, *“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*

² El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (2) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (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 1. 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 veinte (20) años de servicios a la Institución”.

la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute”.

Con esta premisa dictada por la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho de la demandante se habría causado el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo, y ello ocurrió antes del límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 para la pérdida de vigencia de las pensiones convencionales (31 de julio de 2010 según los dispone el Parágrafo Transitorio No. 3 del Acto Legislativo 01 de 2005). Como para la fecha de retiro la demandante había trabajado 21 años, 4 meses y 14 días de servicios en la entidad (folio 19 del expediente) no quedó regulada por los parágrafos transitorios de la Constitución Política en criterio de la Corte Suprema. Además y frente a cualquier interpretación en contrario, lo cierto es que la demandante cumplió la edad de 50 años con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el 10 de abril de 2005 (ver registro civil de nacimiento a folio 17 y cédula de ciudadanía a folio 18 del expediente).

En el grado jurisdiccional de consulta se hicieron las operaciones aritméticas necesarias para tasar el valor de la primera mesada pensional, y se obtuvo la misma suma definida en primera instancia³; no obstante se corregirá la parte resolutive de la sentencia de primera instancia para establecer con claridad

³ Para definir el valor de la mesada pensional, se incluyó el promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios (sueldo básico, prima de antigüedad y la doceava parte de la suma de los factores variables) a los que refiere el parágrafo 3° del artículo 41 de la norma convencional (folio 31), según la certificación realizada por Grupo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que obra a folio 19 del plenario, y se aplicó una tasa de reemplazo del 75%. El ingreso base se indexó multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario mensual promedio devengado, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la última anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión), por el índice inicial, es decir el vigente en la anualidad anterior a fecha en que terminó la relación de trabajo. Conforme al certificado laboral de folio 19, el salario promedio devengado para efectos pensionales en el último año de servicios y suma a actualizar es \$1.052.231 que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigente en diciembre de 2004 (80.20885) entre el índice de precios vigente en diciembre 1998 (52.1848). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$1.617.295. A este valor se le aplica el porcentaje de 75%, lo que arroja como resultado la suma de \$1.212.971 como valor de la primera mesada de pensión de jubilación restringida para el 10 de abril de 2005.

que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, pues por error en el acta de la audiencia se indicó que tenía el carácter de *compatible*.

Tal condición resulta clara del artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 que dispone que las pensiones reconocidas en forma *voluntaria* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las *pensiones extralegales* –en general- el carácter de compartidas. En el caso bajo estudio, el Registro Único de Afiliados –RUAF- (Sistema Integral de Información de la Protección Social, documental anexada en el expediente digital), indica que la demandante disfruta de una pensión de vejez, reconocida por COLPENSIONES.

Por prescripción procede el pago de la pensión convencional a partir del 27 de mayo de 2016, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, pues sobre la acción para el pago de mesadas anteriores operó la prescripción. El término se interrumpió con la reclamación pensional elevada el 27 de mayo de 2019 (ver fecha de presentación de la reclamación en el expediente administrativo aportado por la entidad) y la demanda se presentó el 26 de septiembre de 2019, por lo que se confirmará en esta materia la decisión de primera instancia. La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues, bajo el criterio jurisprudencial de la Corte, pues se causó el 27 de junio de 1999 antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14.

SIN COSTAS en la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CORREGIR** el numeral TERCERO de la sentencia apelada para establecer que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión *compartida*, con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES a favor de la demandante.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BEATRIZ CECILIA BAQUERO HERNANDEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CENSANTIAS S.A, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y las AFP'S demandadas en contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2021 por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Ana Milena Ospina Bermejo identificada con T.P 288.991, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES en los términos y para los fines del poder conferido mediante Escritura Publica No 3375 de la Notaria 9 de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BEATRIZ CECILIA BAQUERO HERNANDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTIAS S.A (OLD MUTUAL), LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A ., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido en junio de 1996, con fundamento en que el fondo privado no le informó sobre la disminución de su mesada pensional, las consecuencias, ventajas, desventajas que acarreaba suscribir el formulario de afiliación en el RAIS y tampoco la ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare que se encuentra válidamente afiliada en el RPM, se ordené trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, y se reconozca su derecho y pago del retroactivo de su pensión de vejez a partir del 1 de marzo de 2017, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 1 a 25 y subsanación en folios 135 a 136 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM, ya que para el momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición y para la fecha en la que elevó la solicitud contaba con 57 años de edad. Además, advirtió que no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 y que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el fondo privado asesoró a la demandante en el momento de su afiliación en el RAIS, por lo que le

corresponde probar a la parte actora las omisiones o engaños en los que pudo incurrir la AFP al momento de su traslado. Propuso como excepciones *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica* (ver contestación en folios 144 a 169).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las peticiones con fundamento en que el demandante se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria, aceptando cada una de las condiciones de este régimen con la suscripción del formulario de afiliación a los 53 años, edad en la que se encontraba inhabilitada para trasladarse de régimen conforme el artículo 13 Literal E de la Ley 797 de 2003. Señala que el acto de vinculación nació a la vida jurídica cumpliendo las disposiciones legales vigentes y sin que hubieran ocurrido vicios en el consentimiento, al no allegarse prueba alguna y que el deber de información se debe verificar en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, dado que para la expedición de la Ley 100 de 1993 el requisito no se encontraba vigente. Advierte que su situación pensional no se modificó durante los múltiples traslados entre AFP's pertenecientes al RAIS, por lo que se comparten las mismas particularidades, limitaciones y beneficios. Además, manifestó que no se puede aplicar el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia pues la demandante no era beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional en el RPM. Propuso como excepciones previas *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe* y genérica (ver contestación folios 253 a 272 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se

opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el acto de afiliación se realizó de manera libre, eficaz y espontánea, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, generando sobre este derechos y obligaciones para todas las partes, siendo la firma del formulario de afiliación una señal de aceptación de pertenecer al RAIS. Afirmó que se le suministró una asesoría completa y comprensible conforme con la normatividad de la época y las exigencias del momento. Además, advirtió: (i) la variación del monto de pensión no constituye un vicio del consentimiento por lo que no se le puede endilgar responsabilidad a la AFP, basándose la insatisfacción de la parte demandante por el monto eventual de su mesada pensional; (ii) tiene obligaciones como consumidor financiero; (iii) no se puede argüir la falta de información o desconocimiento del sistema pensional por lo que está obligado a cumplir dado que el desconocimiento de la ley no es excusa; y (iv) el proceso se encuentra prescrito puesto que trascurrió el término de 4 años para declarar la nulidad relativa. Propuso como excepciones la de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 324 a 354 del expediente).

Finalmente, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que no existen vicios del consentimiento que invaliden el acto de jurídico de vinculación al celebrarse de forma voluntaria, libre y espontánea, sin ningún tipo de presión, cumpliendo con los requisitos vigentes para la fecha que se produjo la afiliación, tal y como se corrobora con la firma del formulario que ella misma suscribió en múltiples ocasiones, demostrando que cada una de las administradoras de pensiones a las que estuvo afiliada, cumplió con el deber de brindarle información. Afirmó que la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión. Además, advirtió que: (i) para la época de afiliación de la demandante, no había obligación de brindar

información en los términos que solicita. ;(ii) la demandante no aporta prueba para demostrar que la AFP PORVENIR le suministro información engañosa, o que indujo a error; (iii) la parte demandante no puede alegar que no conocía la ley en materia pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa;(iv) en su momento la demandante no hizo uso del derecho de retracto frente a la decisión de escogencia del régimen, a pesar de haber sido informada del mismo; y (v) conforme la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia no puede ser aplicada, en la medida que no es un caso análogo, pues los supuestos son diferentes. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación e innominada o genérica.* (Ver contestación en las páginas 425 a 445 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de febrero de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora BEATRIZ CECILIA BAQUERO HERNÁNDEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de agosto de 1996 con PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante, durante la vigencia de la afiliación de esta con dichas AFP, por gastos de administración, comisiones o cualquier otro. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora BEATRIZ CECILIA BAQUERO HERNÁNDEZ la pensión de vejez, a partir del 1º de febrero de 2017, en cuantía inicial de \$4.723.204,17, con una mesada adicional por año y los incrementos legales anuales. Las sumas adeudadas deberán ser indexadas al momento del pago. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL - SKANDIA S.A. Líquidense, con la suma de \$900.000 a título de agencias en derecho. SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S” (CD 3, hora 1 minuto 16:58).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia manifestó que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones es una obligación de orden legal conforme la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP actuó de manera negligente, ocasionando como consecuencia jurídica una afiliación desinformada, dando lugar a declarar la ineficacia o exclusión del acto de traslado y advirtió que el formulario de afiliación es solo un formalismo que no demuestra lo ocurrido.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recursos de apelación la apoderada de la parte demandante y los apoderados de las AFP's PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

En recurso de la parte demandante pide que se revise la liquidación de la prestación reconocida, teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años devengados, el número total de semanas cotizadas para revisar la tasa de reemplazo, el ingreso base de cotización, conforme a los artículos de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 y los atinentes en la Ley 797. (Audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 22:12)¹.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque de manera parcial la sentencia en lo referente a la comisión de administración y a la prima del seguro previsional. Afirma que el descuento del 3 % se encuentra autorizado en la Ley, para cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional que opera en ambos regímenes pensionales. Además, advirtió que: (i) el ordenar la devolución de lo descontado por comisiones de administración, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; (ii) tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor y más en el presente caso, dado que la demandante no se encuentra afiliada a PROTECCIÓN; (iii) la prima de seguro previsional ya fue girada a una aseguradora para que financiara las prestaciones en caso de que exista un siniestro de sobrevivencia o invalidez, y se encuentra imposibilitada para solicitar la devolución por lo que la aseguradora es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre las partes (audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 23:47)².

¹ “Muchísimas gracias estoy conforme con la sentencia en, salvo y punto número 4 respecto al monto de la pensión entonces me permito presentar recurso de apelación contra el numeral 4° de la sentencia proferida por el Despacho en el sentido de indicar que el monto de la mesada pensional para la fecha de causación o fecha del último aporte reportado por la demandante, esto es para el año 2017, el monto de la prestación debería equivaler a \$4.839.523 pesos, en consecuencia el honorable Tribunal Superior de Bogotá, que en virtud de los artículos de la ley 100 de 1993, artículo 21 y aquellos atinentes en la Ley 797 se revise de conformidad con las mismas la liquidación de la prestación de la demandante, la señora Beatriz Cecilia Baquero teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años devengados, el número de semanas el total de número de semanas cotizadas y así revisar la tasa de reemplazo, ingreso base de cotización y en consecuencia el monto de la misma, en lo demás su señoría me encuentre conforme con la sentencia. Muchísimas gracias.”

² “Gracias señora Juez, PROTECCIÓN dentro del proceso 2018-244 me permito interponer recurso de apelación de manera parcial frente a la sentencia antes impuesta en lo referente a la comisión de administración y a la prima del seguro previsional, sustento mi recurso de la siguiente manera, la comisión de administración y la prima del seguro previsional

son descuentos autorizados en la ley, previamente establecidos en la ley 100 de 1993, artículo 20 modificado por el artículo séptimo de la ley 797 del 2003 que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM, obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, donde se demuestra que los aportes a lo largo que estuvo afiliada a PROTECCIÓN fueron debidamente, presentaron un debido u obtuvieron una ganancia lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados en su momento por PROTECCIÓN. Con la condena de primera instancia, que ordena mi representada a devolver lo descontado por comisiones de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se le estarían trasladando los rendimientos de la cuenta ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión, como restitución mutua su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES y más, en el caso de la demandante, en el cual ya no se encuentra afiliada a PROTECCIÓN. Asimismo, en este orden de ideas y la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias, primero el contrato de afiliación nunca existió, PROTECCIÓN debe administrar los recursos de la cuenta ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron, no existió cobro de una comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 habla de la restituciones mutuas, intereses y fruto de abono de mejoras con base en esto debe entenderse que se declaró una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato de afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas, producto de la buena gestión de la AFP la cuenta ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho mi representada a conservar la comisión de administración si efectivamente le hizo rentar el patrimonio de la parte demandante. Asimismo el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia por lo que es preciso poner de presente que esta entidad en concepto del 17 de enero del 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación a la 7° del Decreto 3995 al 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la, a la gestión de administración, desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino, en igual sentido la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco se deben, deberán ser trasladadas las primas del seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, frente a la prima del seguro previsional, se debe manifestar que esta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de que exista un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagará una suma adicional con el fin de financiar las prestaciones, las pensiones por dichos conceptos inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación que tuvo la demandante con mi representada y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN. Asimismo y finalmente es de resaltar que frente al cobro el 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no se financian directamente y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que se prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establecen que el transcurso de tiempo de un lapso de tres años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debía

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia en su integridad y subsidiariamente se le absuelva respecto de la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros. Afirmar que es una característica propia, establecida de forma legal al RAIS, para cubrir a la parte demandante respecto de contingencias de invalidez y muerte conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993. (audiencia virtual No 3, hora 1 minuto 28:58)³.

En recurso de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. su apoderada pide que se revoque de manera parcial la sentencia dictada en lo concerniente a la devolución de gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Afirmar que como consecuencia de la nulidad o ineficacia de la afiliación lo procedente es trasladar los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual, que corresponde a los aportes y rendimientos generados, según lo ha expresado por la Superintendencia Financiera, pero no los gastos de administración ni las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, pues estos ya fueron utilizados para el cubrimiento de las pólizas y los gastos propios de la AFP. Además, advirtió que: (i) no es posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión, debido a que los recursos ya fueron utilizados; y (ii) no se efectuó un debate previo o pronunciamiento respecto de los gastos de administración en el desarrollo del proceso, por lo que se están

afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas. Dejó de esta manera sustentada mi recurso de apelación. Muchas gracias señora Juez”.

³ “Su señoría como apoderado de la parte PORVENIR S.A me permito interponer recurso de apelación en contra de su decisión emitida por el Despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar, me permito presentar mi inconformidad respecto a generar a mi representada devolución, frente al porcentaje de gastos de administración pues esto es claramente algo que desconoce una característica que es propia y fue establecida legalmente por la ley, al Régimen de Ahorro Individual, y es generar estos cobros por administración respecto a la prima de seguros que se cubrió durante todo ese tiempo a la parte demandante, respecto a contingencias de invalidez y muerte y frente a lo administrado del fondo de solidaridad que fue establecido por la misma ley 100 del 93 y que el efecto de la ineficacia con llevaría aquel acto jurídico no hubiere existido y no podría conllevar una devolución de rendimientos financieros en este aspecto, por lo anterior solicito a la Sala Laboral del Tribunal, del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la decisión emitida por el Despacho y en su lugar absolverse absoluta mi representada en cada una de las pretensiones, muchas gracias.”

quebrantando los derechos a la defensa, debido proceso y contradicción dentro de los hechos y pretensiones de la demanda (audiencia virtual No 3, hora 1 minuto 34:17)⁴.

⁴ “Señora Juez de manera oportuna me permito interponer el recurso de apelación en contra de la Providencia que usted acaba de proferir en lo concerniente al numeral segundo de la sentencia en el proceso de 2018-244 en el sentido en que se ordena a mi representada SKANDIA a hacer la devolución integral de todos y cada uno de las cotizaciones efectuadas dentro de esta lo concerniente a los gastos de administración ,en este sentido solicito al Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, sala laboral que en lo concerniente a los gastos de administración se revoque de manera parcial la condena impuesta, teniendo en cuenta que los gastos de administración, pues operan de conformidad con la fuente legal esto es con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo séptimo del Decreto 3995 de 2008, en el que se señala que justamente los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones deberán trasladarse los saldos denominados en los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la cuenta individual y al fondo de garantía de pensiones RAIS, multiplicados por el valor de la unidad siguientes para las operaciones del día en que se efectuó el traslado, para los efectos del traslado de cotización entrara a incluir el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima , a su vez y por lo dispuesto en concepto de la Superintendencia Financiera , radicado 2019 152169-003-00 de fecha 20 de enero de 2020 se establece que en efecto , que al efecto de decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación del traslado procede la devolución , el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuado por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y su respectivo rendimientos, de allí que la normatividad aplicable al caso concreto por concepto de los entes de control se concluye que no existe ningún tipo de sustento legal alguno para ordenar el traslado al régimen de prima media lo concernió, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración ni la prima de los seguros de Fogafin, ni las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, quiere decir lo anterior que no podría ser posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración dado que se destina a pagar una parte de la póliza para el cubrimiento de los servicios de invalidez y muerte, situación que aun cuando en este momento se declara la ineficacia del traslado...no significa que las mismas no hayan sido utilizadas y no hayan sido unos gastos efectuados por la administradora de fondo de pensiones SKANDIA S.A y de otra parte que para también se sufrague los gastos de administración de ahí que inclusive se le esté pagando también las comisiones y los frutos efectuados y que se surtieron dentro de la misma afiliación , entonces en aras...del principio de inescindibilidad y no solamente teniendo pues solamente acogerse a lo favorable pues es importante tener en cuenta que así como recibe la afiliada y va a recibir COLPENSIONES los frutos e intereses que se generaron durante la afiliación a mi representada también es importante tener en cuenta que los gastos de administración y lo concerniente a las primas de seguro ya fueron pagadas para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la hoy aquí actora y por tanto tampoco se encuentran en arcas de la AFP, no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión teniendo en cuenta que dichos recursos ya se han utilizado, y pues al ser ineficaz pues de todas maneras ya se han surtido ciertos pagos. ahora bien, pues considera la señora Juez que en este caso se constituyen facultades ultra y extra petita si bien es cierto tiene tales facultades , lo que no es cierto es que ni siquiera se ha podido proceder con un derecho a la defensa, debido proceso y de contradicción dentro de los hechos y pretensiones de la demanda con respecto a los gastos de administración, ahora bien, los supuestos facticos con respecto de la devolución de los gastos de administración como bien es cierto si existe ya jurisprudencia en referencia jurisprudencial al respecto no se ha efectuado, no siempre se tiene en cuenta que los casos de cada, deben ser examinados de manera individual. En este orden de ideas dejé presentados el recurso, dejo sustentado el recurso de apelación por SKANDIA S.A. en el proceso 2018-244.Muchas gracias”.

Finalmente, en el recurso de COLPENSIONES, su apoderada solicita que se revoque y se absuelva de la decisión obtenida en la sentencia dictada en primera instancia. Manifiesta que la firma del formulario es completamente valida y no hay lugar a declare la ineficacia pues fue firmado de forma libre, sin presiones entre personas capaces, conforme con el ordenamiento legal que se exigía para la época del traslado. Además, señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 1993, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema y advirtió que respecto al reconocimiento de las pensiones de vejez solo será su obligación cuando COLPENSIONES reciba los aportes provenientes del RAIS y se estudie el cumplimiento de los requisitos para reconocer al afiliado la prestación (Audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 44:18)⁵.

⁵ “Gracias su señoría como apoderada sustituta de COLPENSIONES me permito interponer recurso de apelación frente a los dos procesos en mención, frente al honorable Tribunal Superior de Bogotá solicitando se revoque el fallo de primera instancia, tanto en el proceso 2018 244 con el 2018 489 teniendo en cuenta que los presentes asuntos no son análogos a los estudiados por la Corte Suprema de Justicia y es que aquí estamos hablando de personas que ya cumplieron los requisitos para pensionarse, estando vinculadas al RAIS por lo tanto es dable traer a colación aquella manifestación que ha hecho la misma Corte Constitucional cuando señala que el régimen de prima medida se sostiene de las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de sus afiliados, por lo que declarar la ineficacia del traslado cuando quiénes se benefician de esta declaración están a puertas de un reconocimiento pensional sin haber contribuido en mayor parte al fondo común, resultaría contrario al concepto constitucional de equidad y a la eficacia pensional, por otra parte y si bien en los fallos de la Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el Despacho la Corte ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que debe de tener información sobre lo que ha venido variando con el tiempo luego que para los años 1996 y 1997 cuando se trasladaron las demandantes, si bien ya hablaba de que la elección de régimen pensional fuera el resultado de la, del conocimiento de las características de cada régimen, la misma no habla de hacer comparaciones, simulaciones y teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad y las... del mercado y es que reiteró, que para la época en que las demandantes se trasladaron era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro, si serían continuas, sí sería sobre el mismo ingreso base de cotización o si tendrían hijos, factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, por tanto es dable aclarar que esa firma de formulario afiliación es completamente válida y no hay lugar a declarar ineficacia, pues el mismo fue firmado de la forma, de forma libre, sin presiones entre personas capaces y acorde al ordenamiento legal que se exigía aplicar para la época del traslado, por lo anterior queda claro que el deber de información exigido para el año de 1996 y 1997 quedó debidamente acreditado con la firma el formulario afiliación y no se debe dejar de lado, aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia, al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a esto solicitó al honorable Tribunal estudiar de forma particular el caso aquí, los casos aquí debatidos teniendo en cuenta que para la señora Beatriz Baquero y Nora Eugenia no eran beneficiarios del régimen de transición además también es dable indicar que en el caso de que efectivamente para los años de 1996 y 1997 las demandantes no hayan recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado, con respecto a las características de cada régimen pensional eso sí se vio saneado con el paso del tiempo porque las demandantes estuvieron en el RAIS durante varios años, antes de estar inmersas en la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2° de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas

prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003 además de realizar traslados horizontales a varios fondos pensionales pertenecientes al RAIS, por tanto sí tuvieron tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como su futuro pensional o para enterarse como lo fue el público conocimiento que COLPENSIONES pasó a ser la administradora del régimen de prima media, pues se liquidó el ISS pero no el régimen que administraba, pero por el contrario las demandantes nunca se acercaron a COLPENSIONES a preguntar sobre sus cotizaciones o futuro pensional lo que permite concluir su voluntad de estar en el RAIS y su falta de cuidado con sus aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, falta que no deben endilgarse a nadie más a nadie más, a nadie más que ella, además reiteró lo manifestado en los alegatos de conclusión cuando señale que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico, de que las demandantes fueron parte sin ninguna presión y de que la abiertamente reconocieron, no se interesaron faltando a sus obligaciones que estaba en el deber de cumplir, pues lo que estaba firmando era la administración de sus aportes pensionales luego no es de recibo inculpar solamente las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también ellas fueron parte y mucho menos que sea COLPENSIONES y sus actuales cotizantes quién es en penúltima lleguen a tener la obligación de reparar el perjuicio que las AFP le causaron a las demandantes, a tener que ser la entidad que a corto plazo reconozca las pensiones de vejez , pues aun cuando las AFP regresen, regresen todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera una vez la administradora colombiana de pensiones tenga que reconocer las pensiones, por lo tanto si es dable aplicar aquella prohibición del artículo 2° de la ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que tampoco hay lugar a la condenada en contra de mi representada en cuanto al reconocimiento de las pensiones de vejez, de acuerdo a la citada sentencia pues sólo hasta que COLPENSIONES reciban los aportes provenientes del RAIS podrá estudiar el reconocimiento y una vez que la entidad pueda verificar el cumplimiento de los requisitos de quién ya sería su afiliado, reconocería la prestación de vejez además la misma debe ser acorde a nómina, teniendo en cuenta que la entidad no era la administradora de pensiones desde la época en que solicitan las demandantes y si llegan a tenerse como vinculadas a mi representada, esto es como resultado del presente proceso judicial y no porque COLPENSIONES haya desconocido derechos o se haya sustraído de sus obligaciones, por lo anterior reiteró la solicitud al honorable Tribunal de que se tenga en cuenta todas las particularidades que expongo pues como ya mencioné no sólo estamos en un asunto que no es análogo a las jurisprudencias de la honorable Corte Suprema de Justicia, sino que además no es posible que un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre las demandantes y las AFP'S como lo es COLPENSIONES sea quién repara los daños que estos se ...y en dado caso, se solicita que se garantice la posibilidad de que mi representada pueda repetir contra AFP los perjuicios en puede incurrir cuando tenga que reconocer las prestaciones pensionales, en tal sentido su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación frente a los dos procesos, gracias su señoría..”

limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 24 años de edad y había cotizado 395 semanas⁶, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 6 meses y 28 días)⁷, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folios 30 y 133).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia asignó a su precedente en la materia el carácter de obligatorio para toda la jurisdicción^{8 9}. Según dicho criterio, se

⁶ Ver historia laboral de COLPENSIONES (02.Expediente administrativo Cd.FI.136).

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁹ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las*

debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen -de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que*

construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y, la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

La Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, no confiesa que haber recibido la información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello indicó que en la empresa donde laboraba se llevó a cabo una reunión de aproximadamente 20 minutos con el representante de la AFP PROTECCIÓN S.A., quien les informó que el Seguro Social se iba a liquidar quedando sin vinculación y perdiendo la pensión, por lo que les convenía trasladarse para recibir algunos beneficios, haciendo énfasis en que

lo importante era llenar los requisitos del formato de afiliación (CD 1, minuto 33:05). Adicionalmente, la demandante manifestó que sintió presión para firmar el formulario de afiliación, y que en ningún momento consideró que le estaban explicando, sino que sintió que la estaban coaccionando con el miedo de quedarse desafiada (CD.1, minuto 35:36).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen en junio de 1996 a PROTECCIÓN S.A., posteriormente se trasladó el 5 de mayo de 1999 a la AFP PORVENIR, y en marzo de 2014 a SKANDIA (OLD MUTUAL) AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formularios de afiliación, folios 44,59 y 61 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de todas las AFP's demandadas la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra y ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Adicionalmente, se declarará que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.

No obstante, se revocará el numeral cuarto (4) de la decisión tomada por la Juez en primera instancia que reconoció el derecho pensional a cargo de COLPENSIONES, pues ésta entidad solo tendrá a su cargo el pago de las mesadas desde el momento en que se haga efectiva la anulación con la devolución de los aportes que la financiarán. No se le puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones. Una vez COLPENSIONES reciba los saldos de la cuenta de la demandante COLPENSIONES deberá definir las normas que regulan la prestación, el valor, y la fecha de pago de las mesadas, conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

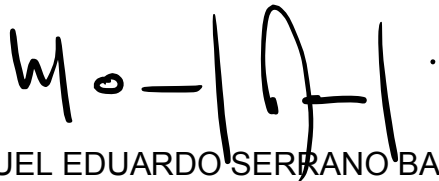
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia que condenó a COLPENSIONES a pagar la prestación.
2. **ADICIONAR** la setencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la setencia de primera istancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NELSON FERNANDO HENRÍQUEZ
RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la misma, la sentencia dictada el 20 de enero de 2021 por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSON FERNANDO HENRIQUEZ RODRIGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de la afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., efectuado en 1996, con fundamento en que los asesores comerciales reclutaban de forma masiva a los profesionales o técnicos señalando solamente las ventajas del traslado para obtener resultados en sus ventas,

omitiendo su deber de suministrar información objetiva, completa y comprensible al consumidor financiero respecto de las implicaciones del traslado de régimen. Adicionalmente, no se le realizó un comparativo entre el cálculo de pensión en ambos regímenes, ni se le explicaron las diferencias, las distintas modalidades de pensión o el funcionamiento de sus aportes y demás prestaciones económicas que obtendría en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, y se ordene como consecuencia de lo anterior, el retorno del señor NELSON FERNANDO HENRIQUEZ RODRIGUEZ a RPM administrado por COLPENSIONES, junto con el traslado de las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual. (Ver páginas 1 a 18, de 01. Expediente digitalizado).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, afirmando que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto, pues al demandante se le brindó información completa, veraz y suficiente al momento de la afiliación respecto de las implicaciones de su traslado, y él ejerció su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones. Aduce que la parte demandante no especifica claramente en que consistió la acción fraudulenta por parte de la AFP y no se produjo ningún vicio del consentimiento que invalide la decisión del demandante, pues la afiliación se realizó de manera libre, espontánea y sin coacción alguna. Además, advirtió que: (i) la parte demandante no hizo uso del derecho de retracto de la afiliación al fondo de pensiones por lo que de manera voluntaria decidió permanecer en él; (ii) la parte actora no era beneficiaria del régimen de transición por razón de edad; (iii) la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS se encuentra prescrita al superar el plazo de 3 años previsto en la ley; y (iv) el no cumplimiento de las expectativas económicas no es motivo para afirmar que fue engañado o mal informado. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por*

pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Ver contestación en 01. Expediente digitalizado páginas 113 a 128).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba de que al demandante se le haya hecho incurrir en error por parte de la AFP o de la existencia de vicios de consentimiento (por error, fuerza o dolo), por lo que su vinculación al RAIS goza de plena validez y legalidad. Además, manifestó que es improcedente el retorno del demandante al RPM por la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (contaba con 56 años de edad) y advirtió que: (i) el demandante no reúne los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; (ii) la nulidad no se alegó dentro del término que señala la norma para pedir la rescisión, por lo que la demanda debió presentarse antes de agosto del 2000; y (iii) la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta el principio de sostenibilidad financiera, al desfinanciar el sistema y poner en riesgo la garantía de derecho irrenunciable a la pensión de los demás cotizantes. Propuso como excepciones las siguientes: *la 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, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorio ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, compensación y la innominada o genérica.*(ver contestación 0.1 Expediente digitalizado, páginas 137 a 169).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 20 de enero de 2021 mediante el cual la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima

media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor NELSON FERNANDO HENRÍQUEZ RODRÍGUEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de enero de 1996 con la AFP COLFONDOS S.A. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción y no probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por COLFONDOS S.A. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A. Liquidense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho. QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S..*” (Audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 01:38).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia manifestó que los afiliados tiene derecho a elegir libremente el régimen pensional y que el deber de información se encuentra a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, por lo que es su obligación brindarla de forma completa, oportuna y comprensible, conforme a la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Advirtió que la descapitalización financiera no puede ser una razón para desvirtuar la ineficacia, y que no ocurrió negligencia o culpa en el actuar del demandante. Concluyó que las pruebas aportadas por COLFONDOS no acreditan que se haya cumplido con el mandato legal de brindar la información del asisrtema antes del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso propuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada. Afirmar que el deber de información ha variado con el paso del tiempo, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever las condiciones pensionales que recaerían sobre el demandante, siendo completamente válida la firma del formulario de afiliación, pues se dio de forma libre, sin presiones, entre personas capaces, conforme con el ordenamiento legal que se exigía para la época del traslado, no dando lugar a que se declare la ineficacia. Además, señala que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 1993 dispuesto para garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, manifiesta que el señor Nelson Fernando Henríquez Rodríguez no contaba con una expectativa legítima para pensionarse con Colpensiones, pues al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 32 años y 382 semanas cotizados. (Audiencia virtual No 3, hora 1 minuto 10:01)¹.

¹ “Su señoría por parte de Colpensiones también me permito interponer recurso apelación con respecto a ambos procesos, solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque los fallos de primera instancia teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la honorable Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el Despacho la Corte ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sea o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para los años 1996 y 1997 cuando se trasladaron los demandantes, si bien la ley 100 ya hablaba de que la elección del régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, ha de tenerse en cuenta que la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones, esto también debe tenerse en cuenta ya que para la época del traslado en el proceso del señor Nelson Fernando Enríquez ya tenía 34 años de edad y 452,71 semanas cotizadas y la señora Myriam Gómez 36 años de edad y 374 semanas de cotización, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales en el futuro de los demandantes, si serían continuas, si sería sobre un mismo IBC o si tendrían hijos, factores que han dicho régimen varían las condiciones pensionales, por lo tanto es dable aclarar que esa firma del formulario de afiliación es completamente válida y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre y voluntaria y sin presiones, entre personas capaces y acorde al ordenamiento legal que se exigía aplicar para la época del traslado, por lo anterior queda claro, como ya manifesté previamente que ese deber de información que se exigía para 1996 y 1997 quedó debidamente acreditado con la firma de este formulario de afiliación y no se debe dejar de lado tampoco aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a eso, solicitó al honorable Tribunal estudiar de forma particular los casos aquí debatidos, teniendo en cuenta que los demandantes no tenían una expectativa legítima de pensionarse con mi representada,, pues téngase en cuenta que al 1 de abril de

1994 el señor Enrique tenía 32 años de edad y 382 semanas cotizadas, faltándole aproximadamente 30 años y 918 semanas de cotización para tener algún derecho personal en esta administradora de pensiones y por su parte de la señora Gómez tenía 33 años de edad y 236 semanas, es decir, que le restaban 24 años de edad y más de 1000 semanas de cotización para adquirir algún derecho en el régimen de prima media, lo que se traduce en que no tenga ni siquiera una mera expectativa, mucho menos aquella expectativa legítima que ha pretendido proteger la Corte Suprema de Justicia, además, también es dable indicar que en el caso de que efectivamente para los años 1996 y 1997, los demandantes no hayan recibido una asesoría adecuada por parte de los fondos privados con respecto a las características de cada régimen pensional, esto con el tiempo porque los demandantes estuvieron en el régimen de ahorro individual durante aproximadamente 12 y 15 años antes de estar inmersos en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 del año 2003, luego sí tuvieron tiempo de sobra para preocuparse, por algo tan importante como su futuro pensional o para enterarse como lo fue de público conocimiento, que Colpensiones pasó a ser la administradora del régimen de prima media, pues si bien se liquidó el Instituto de Seguros Sociales, esto no fue así para el régimen que administraba, pero por el contrario los demandantes nunca se acercaron ni a Colpensiones, ni a los fondos privados a preguntar sobre sus cotizaciones y futuro personal, lo que permite concluir que era su voluntad de estar en el régimen de ahorro individual y su falta de cuidado con sus aportes a sus ... en pensiones, faltas que no debe endilgarse a nadie más que a ellos, además es dable tener en cuenta también, el nivel académico y profesional de los demandantes al momento del traslado, ya que la Corte en su precedente, también habla sobre la distinción entre un afiliado lego y un experto y es claro que por el nivel académico que tenía los demandantes debían tener cierta facilidad para conocer sus deberes como consumidores financieros y las consecuencias del negocio jurídico que estaban suscribiendo y reitero lo manifestado en los alegatos de conclusión, cuando señale que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico del que fueron parte, sin ninguna presión y del que abiertamente reconocieron no se interesaron, faltando a sus obligaciones que estaban en el deber de cumplir, pues lo que estaban firmando era la administración de sus aportes pensionales, luego no es de recibo inculpar solamente a las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también ellos fueron parte, y como reitero también en los alegatos de conclusión, que sea Colpensiones quien a futuro tenga que reconocer las pensiones de vejez, pues aun cuando las AFP's regresen todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera del sistema, una vez la administradora colombiana de pensiones tenga que reconocer las futuras pensiones, por lo tanto si es dable aplicar aquella prohibición del artículo 2 de la Ley 797 del año 2003 en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues reiteró que el objetivo perseguido en el señalamiento del período de carencia, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo pudiesen trasladarse cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por todo lo anterior solicitó al Tribunal, que tenga en cuenta todas las particularidades que expongo, pues como ya dije no sólo no estamos en asuntos que no son análogos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino que además tienes, que en estos asuntos no se pudo determinar que los demandantes hubieran estado incurso en un vicio del consentimiento y que además tampoco era dable trasladar dicha carga probatoria a las AFP pues es que también opera cuando las circunstancias particulares del caso lo amerita y no como ocurre con los aquí demandantes, donde por el contrario sólo se logró probar su falta de cuidado como consumidores financieros en los términos del régimen de protección al consumidor financiero en tal sentido dijo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias "

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada*

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 34 años de edad y había cotizado 452,71 semanas², para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 6 meses y 6 días), y para la fecha de la solicitud de traslado y presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar el requisito de edad de la pensión de vejez (tenía 57 años – ver páginas 3 y 138 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

² Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES (páginas 199 a 205 archivo 0.1 Expediente digitalizado).

asignó el carácter de obligatorio para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación,*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁴ Sentencia STL3187-2020: *"Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficiencia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS S.A no probó haber brindado *toda la información pertinente del Sistema* en el momento en que se suscribió

el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, situación que no se demostró cumplida con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues en dicha diligencia indicó que la empresa en donde laboraba llevó a un asesor de COLFONDOS para que en una charla de 15 o 20 minutos les explicaran los beneficios que supuestamente tendrían y se afiliaran firmando el formulario, estando todos los trabajadores de la empresa en un mismo fondo, adicionalmente, manifestó que el asesor no informó específicamente sobre el tema y solamente comunicó que el ISS se iba acabar, por lo que era importante cambiarse de régimen (Audiencia virtual No 1, minuto 18:43).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo, o por traslados entre fondos.

Adicionalmente, conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

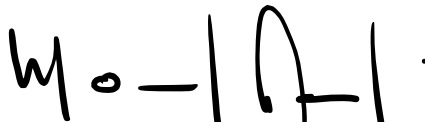
Sin COSTAS en la apelación

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 36 2019 00347 01
Blanca Doris Molina Rey Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BLANCA DORIS MOLINA REY CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última la sentencia dictada el 10 de febrero de 2021 por el Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase al abogado John Jairo Rodríguez Bernal, identificado con T.P 325.589, para actuar como apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme al poder conferido mediante Escritura Pública N° 885 de la Notaría 65 del Círculo de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BLANCA DORIS MOLINA REY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad e ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante en el mes de septiembre de 1996. La anterior pretensión fue planteada sobre el argumento de que la AFP HORIZONTE -hoy PORVENIR S.A.- faltó a su deber profesional como fiduciaria del servicio público de pensiones, al no suministrarle una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y las consecuencias del traslado de Régimen Pensional, pues no le proporcionó un estudio objetivo actuarial y particular acorde con sus circunstancias, más aún cuando ella nunca autorizó que se terminara de llenar el formulario sin su autorización (ver escrito de demanda en los folios 1 a 21 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, tanto las declarativas como las condenatorias, y solicitó la absolución de su representada, por cuanto consideró que el traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, dado que no se puede concluir que la AFP PORVENIR S.A. haya actuado con el fin de inducirla en error. Así mismo, contestó que no hubo inconformidad por parte de la actora, razón por la cual se podría inferir que el traslado de Régimen Pensional estuvo ajustado a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. También invocó como argumento para su oposición los 15 años de permanencia ininterrumpida de la señora MOLINA REY en el RAIS y la inexistencia de una manifestación de inconformidad por parte de ella. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de intereses morosos e indexación, presunción de*

legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política e innominada o genérica (ver contestación en los folios 89 a 119 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante, aduciendo que no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que demuestren la omisión al deber de información por parte de PORVENIR S.A., ni pruebas que sustenten la ineficacia o la nulidad solicitadas. En consecuencia, tampoco encuentra razones para declarar la pertenencia de la demandante al RPM, ni para ordenar a COLPENSIONES la recepción de los valores ligados a su cuenta de ahorro individual. Frente a la pretensión encaminada a la consecución de la devolución de los valores de administración, argumentó que la misma es improcedente, por cuanto la rentabilidad de la que se beneficia la demandante surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora, la cual -dice- ha cumplido con la gestión de manera oportuna y eficiente. En este orden de ideas, alegó que se constituiría un enriquecimiento sin causa por parte de la accionante en caso de concederse la devolución de los valores mencionados, al tiempo que planteó que tampoco es procedente la devolución de las cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, puesto que estos riesgos han sido cubiertos de forma debida durante la vigencia de la relación. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en los folios 161 a 184 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de febrero de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora BLANCA DORIS MOLINA REY, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1996 con la hoy AFP PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyen cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Liquidense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho. QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”.* (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021, Hora 1, minuto 14:00).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no entregó información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, pues solo aportó como documentos de prueba el formulario de vinculación, una relación histórica de movimientos, la historia laboral consolidada de la demandante, y un comunicado de prensa, elementos que no dan certeza acerca de lo ocurrido en el momento del diligenciamiento del formulario de afiliación. También interpretó que, aunque la demandante tenía el deber de informarse y tomar las decisiones de manera cuidadosa, debían prevalecer las obligaciones de los Fondos de Pensiones por ser administradores expertos y estar dedicados específicamente a labores y gestiones relacionadas con su objeto social, razón por la que sus obligaciones no podrían compararse con las de la demandante. Igualmente, la juez consideró que la declaratoria de nulidad o ineficacia del

traslado de régimen no afecta la sostenibilidad del Sistema Pensional, pues PORVENIR S.A. debe remitir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante y ello se asimilaría con la circunstancia en la cual la actora nunca se trasladó al RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

En el recurso de apelación de COLPENSIONES, su apoderada solicitó que se revoque la decisión adoptada por la juez de primera instancia alegando que para la fecha del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante, la Ley 100 de 1993 no establecía la obligación de realizar comparaciones o simulaciones pensionales cuya base fueran el número de semanas de cotización, la edad o las fluctuaciones de mercado y la fecha de retiro. A su vez, expuso que en el caso puntual de la actora era complicado prever las condiciones en las cuales ella se podría pensionar, pues cuando realizó el traslado mencionado era imposible tener en cuenta toda la información relacionada con los factores que inciden en el RAIS a la hora de obtener una pensión, bien fuera la continuidad de las cotizaciones pensionales, el monto, el IBC, entre otros. Afirmó que la firma del formulario de afiliación dota de plena validez el traslado de régimen efectuado por la actora, dado que lo hizo de forma libre, sin presiones, ni coacciones de ningún tipo. Además, argumentó que la falta de información suministrada a la señora MOLINA REY durante el traslado fue un error saneado por el paso del tiempo, por cuanto la accionante permaneció durante 21 años en el RAIS antes de estar inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Finalizó su intervención invocando el principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y su eventual afectación en caso de concederse la ineficacia

perseguida por la demandante (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021, hora 1, minuto 16:36)¹.

¹ *“Me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá ante los procesos 2018 207 y 2019 347, teniendo en cuenta que si bien los fallos de la honorable Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el despacho, la Corte ha indicado que el deber de información no debe acreditar en todos los procesos indistintamente que los accionantes sean o no beneficiarios del Régimen de Transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego que para el año 1996 y 1999, cuando se trasladaron las demandantes, si bien la Ley 100 ya hablaba de que la elección de Régimen Pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones de mercado y la fecha de retiro, pues para aquella época la señora Clara Emilia Llanos contaba con la edad de edad, luego le faltaban aproximadamente 20 años para alcanzar la edad del estatus pensional, y por otro lado la señora Blanca Doris Molina contaba con 30 años de edad, también viéndose que faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de su estatus pensional, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro: si serían continuas, si sería sobre el mismo índice de base de liquidación o si tendría hijos, factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales. Por lo tanto, es dable aclarar que esa firma de formulario de afiliación es completamente válida y no hay lugar a declarar la ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones. Además, en el caso de las demandantes, el fondo privado, en este caso PORVENIR, no coaccionó a las actoras para que firmaran dicho formulario. Con lo anterior, queda claro que el deber de información exigido para el año de 1999 y 1996 fue debidamente acreditado con la firma del formulario de información y no se deja de lado que aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia, al indicar que en cada caso se debe estudiar de forma particular, y con respecto a esto solicito al honorable Tribunal estudiar de forma particular los casos aquí debatidos, teniendo en cuenta que las demandantes no tenían una expectativa legítima de pensionarse con mi representada. Además, también, es dable indicar que en caso de que efectivamente para el año de 1999 y 1996 las demandantes no hayan recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado, en este caso PORVENIR, con respecto a las características de cada régimen pensional, eso se debió ver saneado con el paso del tiempo, pues las demandantes han permanecido en el RAIS por más 21 años antes de estar inmersas en la prohibición del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, luego sí tuvieron tiempo de sobra para preocuparse de algo tan importante como su futuro pensional. También debe tenerse en cuenta que cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se ve afectado el sistema financiero una vez la Administradora Colombiana de Pensiones tenga que reconocer las futuras pensiones. Por lo tanto, sí es dable aplicar aquella prohibición del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo, como pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho de la pensión de vejez. Por lo anterior, reitero la solicitud al honorable Tribunal, de que tengan en cuenta todas las particularidades que expongo, pues como ya mencioné, no solo estamos en un asunto que no es análogo a las jurisprudencias de la honorable Corte Suprema de Justicia, sino que, además, en este asunto se pudo determinar que las demandantes no demostraron el vicio del consentimiento que alegaron y que, además, tampoco era dable trasladar dicha carga probatoria a la AFP demandada, pues esto opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso lo ameritan, y no como ocurre con las demandantes, donde por el contrario solo se logró probar la falta de cuidado de éstas como consumidoras financiera en los términos del Régimen de Protección del Consumidor Financiero. De esta manera, queda sustentado mi recurso de apelación. Gracias.”.*

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y solicitó que se absuelva a esta AFP de lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, como quiera que su representada cumplió con las obligaciones y requerimientos que para la fecha le eran exigibles, y ello dotó de validez el traslado efectuado por la señora MOLINA REY. Aseguró que para el año de 1996 su representada no tenía la obligación de realizar proyecciones pensionales, garantizar el buen consejo o realizar una comparación de regímenes. De igual manera, añadió que no era posible determinar con total exactitud el régimen más conveniente para la demandante o prever la mesada pensional que percibiría en cada uno de los regímenes, dado que ello dependía de diversos factores que no eran evidentes para su representada, por cuanto no se estaba ante un caso caracterizado por la expectativa legítima de la actora. Consideró, así mismo, que el despacho incurrió en una apreciación errónea del deber de información al momento de efectuarse el traslado de Régimen Pensional, toda vez que la sentencia insinúa que la asesoría debía desembocar en un desincentivo para que la demandante no se vinculara al RAIS, una tesis contraria a lo establecido en las sentencias C-583 del 1996 y C-086 del 2002. Sobre la devolución de los gastos de administración y los rendimientos, alegó que ello no corresponde a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas y desconoce la autorización que por Ley permite realizar estos descuentos, cuyo objetivo es asegurar la efectiva administración de los recursos, tal y como se refleja en los rendimientos que generaron los aportes de la accionante (Audiencia virtual del 10 de febrero de 2021, hora 1, minuto 22:13).²

² “Muchas gracias, señora juez. Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente para el efecto me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, dentro de los procesos 2018 207 y 2019 347, donde son demandantes las señoras Clara Emilia Llano y Blanca Doris Molina Rey, respectivamente. Mi representada se aparta respetuosamente de la decisión proferida por el despacho, ya que si bien es cierto existe un precedente judicial para los casos bajo estudio, esto no puede aplicarse de plano, sin tener en cuenta las particularidades de cada caso. Es así que para mí representada ambos traslados de régimen cuenta con plena validez en la medida en que cumplieron con los requerimientos y obligaciones que para la fecha le eran exigibles. Valga decir que para el año 1996 y 1999 estas obligaciones estaban determinadas en primera medida por la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 663 de 1993, que en su artículo 97, numeral uno, determina que deben señalarse características, condiciones y acceso a los servicios del régimen. En este sentido, se recuerda que para dichas datas no se encontraba en cabeza de mi representada las obligaciones en los términos exigidos dentro de las demandas y argumentados en el fallo de la primera instancia, como lo son realizar proyecciones pensionales, el buen consejo, comparación de regímenes, entre otras. Además, que, por las particularidades propias de las demandantes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

quienes no contaban siquiera con una expectativa legítima de pensionarse, no era posible determinar con total exactitud el régimen que les fuese más conveniente o la mesada pensional que pudieran recibir en uno u otro régimen, como quiera que para ello se tienen en cuenta diversos factores que no podían prever mi representada para la fecha. De igual manera, el despacho de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que precisó que debió llegar al punto de desanimar a las demandantes para hacer su vinculación al RAIS, pues bajo dicha tesis puede concluirse que el RAIS es subsidiario del Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en sentencias como la C-583 del 96 o la C-086 del 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra del principio de igualdad, toda vez que la finalidad del sistema de seguridad social en pensiones es cubrir riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, son igualmente válidas y tiene beneficios que son equiparables. Es así que, en consideración de mi representada el despacho pasó por alto situaciones como en el caso de la señora Clara Emilia Llano, donde se notan incongruencias dentro de la demanda, conforme a lo que refiere en el interrogatorio de parte, lo cual es relevante porque hay que dar credibilidad a una de las dos partes o no dar credibilidad a ninguna. Así mismo, pasó por alto que la demandante refirió que no había leído el formulario, que nunca se acercó a la AFP a recibir información, como quiera que confió en lo indicado por el contador de su empresa. Así mismo, confesó conocer características del Régimen de Ahorro Individual, como que tendría rendimientos que mejorarían su pensión, que su núcleo familiar podría recibir en caso de su fallecimiento el saldo de su cuenta de ahorro individual, y así mismo señaló que recibía extractos de manera semestral. Por otro lado, también en consideración de mi representada, respecto del caso de la señora Blanca Doris Molina también existen ciertas particularidades, como que para la fecha del traslado contaba con tan solo 30 años de edad y muy pocas semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media, por lo que no era preciso o no era posible establecer qué régimen le convenía más. Así mismo, es pertinente señalar que las demandantes contaron con múltiples posibilidades de regresar al Régimen de Prima Media, toda vez que para el momento en que se vincularon con PORVENIR la normativa vigente correspondía al texto original del literal E del artículo 13 de la Ley 100 del 93, es decir que las demandantes no contaban con ningún limitante para retornar al Régimen de Prima Media, tres años después de realizada la vinculación con esta AFP. No obstante, y como bien lo mencionó la apoderada de COLPENSIONES, decidieron continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria. Por último y en lo que tiene que ver con devolver conjuntamente los gastos de administración y rendimientos, solicito sea desestimada dicha condena, como quiera que no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que la persona a la cual se le ordena restituir un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar; es así que los gastos de administración son descuentos autorizados por ley, para asegurar la efectiva administración de los recursos, administración que se realizó de manera juiciosa y dicha administración puede verse reflejada en los rendimientos que generaron los aportes de cada una de las accionantes. Así mismo, respecto a la condena en costas, pues una vez desestimadas las pretensiones también tendría que desestimarse la condena en costas impuesta a mi representada. Conforme a lo anterior, solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá sea revocada en su integridad la sentencia proferida por el despacho de instancia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda. Muchas gracias”.

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema Pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que cobró vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 30 años de edad y había cotizado 334,29 semanas³; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 1 mes y 26 días cotizados); y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 53 años – ver folio 22 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe

³ Historia laboral expedida por COLPENSIONES S.A. (folios 43 al 44 del expediente).

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de

del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

transición, pues *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, contrario a cualquier indicio de confesión, afirmó que un asesor de la AFP demandada fue a su sitio de trabajo en el Banco de Bogotá y le indicó que PORVENIR S.A. era un fondo perteneciente a esta institución bancaria y debía efectuar el traslado, aun cuando no le explicó los beneficios de cada Régimen

Pensional, las consecuencias del cambio, o las condiciones necesarias en el futuro para acceder a la pensión en el RAIS. (Audiencia virtual del 04 de febrero de 2021, Minuto 18:40).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial de la demandante al RAIS operó con el traslado de régimen en septiembre de 1996 a PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver certificación de traslado expedida por COLPENSIONES y formulario de afiliación en los folios 33 y 42 del expediente, respectivamente).

Frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., también se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración

de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

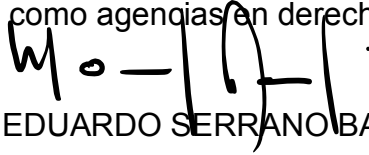

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 36 2019 00347 01

Blanca Doris Molina Rey Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otros.

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIRO ARTURO PEÑUELA GARCÍA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 18 de marzo de 2021 por la Juez Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado a el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Karen Julieth Nieto Torres, identificada con TP 280.121, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conforme el poder conferido mediante la Escritura Pública No 3.375. de la Notaría 9 de Bogotá D.C y téngase al doctor Jorge Andrés Narváez Ramírez, identificado con T.P.345.374, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme el poder conferido mediante la Escritura Pública No. 00885 de la Notaría 65 de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JAIRO ARTURO PEÑUELA GARCÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad o ineficacia de su vinculación al RAIS efectuada el 31 de octubre del 2000, con fundamento en que no recibió información clara y precisa sobre los beneficios y consecuencias del traslado entre regímenes pensionales, ni se le comunicó la oportunidad que por ley se otorga a los afiliados para efectuar el traslado previamente a cumplir el termino de 10 años para cumplir la edad de pensión. Como consecuencia de lo anterior, pide que se reconozca y se trasladen los aportes en pensiones realizados como cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses según lo dispone el artículo 1747 del Código Civil. (Ver demanda en las páginas 4 a 14 del 001.PO.Jairo Peñuela García Vs Colpensiones Fls 1-48 Exp.036 2019 00903.pdf).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y solicita que se le absuelva de todos los cargos. Afirma que el demandante no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS toda vez que los fondos de pensiones cuentan con personal capacitado para proporcionar toda la información de manera clara, precisa y completa cuando hay un traslado de régimen, permitiendo la libertad de escogencia. Advirtió que el afiliado se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM administrado por COLPENSIONES ya que para el momento de la solicitud de traslado contaba con 62 años y no era beneficiario del régimen de transición, por lo que es improcedente tenerlo como afiliado para salvaguardar el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Además, manifiesta que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas, por lo que no es válido

imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues se afectarían los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Propuso como excepciones: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucionalidad de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica* (ver c páginas 2 a 24 del 001. Contestación Colpensiones SEP-04.20.pdf del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el demandante no allegó con la demanda prueba sumaria de las razones de hecho en las que sustenta la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Aduce que el actor se afilió al RAIS de forma consciente y espontánea, sin ninguna presión, cumpliendo con todos los requisitos exigidos en las normas vigentes para la época, recibiendo información suficiente y veraz sobre las implicaciones y características del régimen, como se observa del formulario de vinculación que él mismo suscribió de forma libre y voluntaria. Advirtió que: (i) el fondo no tenía obligación de brindar una asesoría que desincentivara la afiliación, ni de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada régimen, pues en la época en que se dio el traslado ninguna norma lo exigía, esos requerimientos surgieron con posterioridad; (ii) el demandante cuenta con capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación y tiene el deber de informarse sobre su situación pensional de conformidad con la norma; (iii) no toda omisión en el deber de información afecta el consentimiento, se debe establecer un daño claro, cierto

y determinable en cada caso particular; (iv) la falta de información que alega el demandante solamente podrá generar una nulidad relativa, pero no genera la pérdida total del acto jurídico; (v) conforme a la doctrina y la jurisprudencia de seguridad social, la relación jurídica de afiliación es de carácter administrativo, por lo que no se puede acordar entre las partes y las obligaciones y los derechos son establecidos por la ley; y (vi) es improcedente el traslado de los gastos de administración y prima de seguro previsional pues por mandato legal tienen una destinación específica, que en el presente caso ya se cumplió durante el periodo de vinculación durante el cual se invirtieron en la forma exigida por la ley. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe* (ver páginas 2 a 21 del 007.Contestación Porvenir Nov 10-2020 Exp 036-2019-00903.pdf).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de marzo de 2021, mediante la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante JAIRO ARTURO PEÑUELA GARCIA del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral*

conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO. COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. SEPTIMO: CONSULTAR esta sentencia con el superior funcional, SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.” (Audiencia virtual, hora 1 min 22:35).

Para tomar su decisión, la Juez decidió conforme a la norma y la jurisprudencia que el traslado no surte efecto debido a que la AFP PORVENIR S.A omitió el cumplimiento del deber de información en la etapa precontractual y al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Advirtió que la demandada no allegó prueba relacionada con el cumplimiento del deber de información, hecho que no se tiene acreditado con la simple suscripción de un formulario pre impreso y entregado por el fondo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso de apelación las apoderadas de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita que se revoque el fallo y se absuelva a su representada de la devolución de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de prima de seguros previsionales. Afirma que cumplió con los requisitos vigentes para consolidar el deber de información, permitiendo que el afiliado decidiera de manera libre y voluntaria trasladarse al régimen de ahorro individual, entendiendo las características del RAIS y recibiendo beneficios durante su vinculación. Además, advirtió que el actor solamente manifestó su inconformidad cuando se encontraba inmerso en la prohibición para efectuar el traslado al notar la diferencia entre los montos pensionales de ambos regímenes, situación que no amerita alegar una falta del deber de información de la administradora pues el demandante también tiene obligaciones como

consumidor financiero. Respecto de la devolución de los gastos destinados a la administración y a las primas de los seguros previsionales aduce que estos valores fueron invertidos conforme la ley lo exige, destinados a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y no se pueden restituir por que no se encuentran en poder de PORVENIR sino de la compañía de seguros que en su momento le brindo al demandante cobertura. (Audiencia virtual, hora 1 minuto 23:59)¹.

¹ “Si su señoría, estando en esta oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso apelación en contra el presente fallo ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá apartándome integralmente pues en todo este fallo, inicialmente manifestando que pues se está exigiendo a las administradoras de fondos privados que entren a probar información otorgada para el momento del traslado con pruebas de la asesoría, cuando sólo se requería para dicho momento poseer el formulario de afiliación e incluso exigiendo pruebas, perdón, exigiendo obligaciones del deber de información que no se encontraban vigentes para ese momento, habiendo dicho eso, pues manifiesto lo siguiente, señores magistrados, al momento en que se realiza este traslado régimen el ordenamiento no determinaba una forma concreta en que las AFP's debían brindar la información, como tampoco una obligación de documentar la asesoría brindada más que el formulario de afiliación, además solamente fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron las obligaciones de entregar proyecciones pensionales, brindar un buen consejo, o la doble asesoría entre otros, por lo anterior, pues no tiene sentido que se requieran pruebas que soporten la asesoría cuando por el momento tan sólo se requerirá la firma el formulario de afiliación con posterioridad a la asesoría verbal que se había brindado y pues es el formulario afiliación pues era el documento final de la, el consentimiento de la persona es por esto, señores magistrados que le solicito que por haber existido un acto jurídico que verso sobre la voluntad del demandante, solicitó que se respete la voluntad de las partes y que se le dé el valor probatorio que merece este formulario que el demandante suscribió, prueba que muestre el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado, que entendía que el acto jurídico que estaba realizando, pues era vital para su futuro pensional y se sometía a las nuevas condiciones del RAIS para ese momento o los cambios que pudiera tener durante su vinculación, el Juez de primera instancia manifiesta que no se, que no se cuenta con las pruebas de la asesoría, situación pues que no se ha arreglado para dicho momento, es decir no se había consolidado ese deber de información como lo tenemos hoy en día y la asesoría se realizan, se realizaban de manera verbal, insisto que la prueba del cumplimiento de la obligación y la única prueba exigible pues era el formulario de afiliación que se firmó con consentimiento, que demuestra la voluntad del actor que se mantuvo, que esa voluntad se mantuvo en el tiempo, demostrando así con todas las cotizaciones que él realizó al régimen de ahorro individual, de igual forma los afiliados al RAIS también son considerados consumidores financieros por lo que no puede descargarse totalmente el deber de informar a la administradora de pensiones, pues tal y como se dispone en la norma pues en virtud del principio de igualdad pues dicho obligación también recae sobre los afiliados quienes son conocedoras en su situación particular y concreta de sus expectativas laborales, que en últimas son las que permitirán acceder a un mejor derecho pensional, situación pues que se escapa del conocimiento de las AFP abonado pues que para el momento no estaba en la obligación de él buen consejo, es por esto que, como todo consumidor financiero el actor debía actuar con esta mediana diligencia lo cual ponía obtener una información sobre este acto y con mayor razón, pues sí todos los datos relevantes del traslado de régimen pues están claramente determinadas en normas de común conocimiento, como lo es la Ley 100 de 1993, ahora, así como lo manifesté en mis alegatos de conclusión, los reiteró en mí recurso apelación diciendo que es la inconformidad que tiene el actor con el régimen de ahorro individual y que sólo está inconformidad se vino consolidar cuando se encuentra en la prohibición de realizar su traslado régimen es por la diferencia entre los montos pensionales entre los dos regímenes pensionales pero es claro que el actor decidió de manera libre y voluntaria trasladarse a este régimen de ahorro individual se sometía a todas las características del nuevo régimen de ahorro individual, a las características para el momento de la vinculación e incluso también las características cuando quiere hacer efectivo su derecho pensional y por lo tanto podía beneficiarse o afectarse, estamos hablando que se benefició durante todos estos años de los rendimientos financieros generados, situación que no sucede en el régimen de prima media, por lo que no puede señalarse que por haber una diferencia entre las mesadas pensionales entonces los fondos incumplen con este deber de información para el momento de la asesoría por lo que no es

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada pide que se revoque la decisión y se absuelva de las condenas, toda vez que el interrogatorio de parte y las pruebas documentales permiten establecer que no existió un error de hecho, sino de derecho, que se subsanó con la voluntad del demandante al suscribir el formulario de afiliación y al permanecer en el régimen privado. Afirma que se debe tener en cuenta que el demandante, como empresario, tiene capacidad para conocer sus deberes como consumidor financiero y las consecuencias del negocio jurídico que estaba suscribiendo, adicionalmente, aduce que está inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al sobrepasar los 10 años para solicitar el regreso al RPM. Afirma que el regreso de personas como el demandante contribuye a la descapitalización del Sistema pensional (Audiencia virtual hora 1 minuto 33:08)².

lógico que en este tipo de procesos se alegue falta del deber de la información por parte de los fondos cuando la única verdad es la inconformidad ante las mesadas pensionales que existen entre estos dos regímenes, situación que fuera contraria, que si en el régimen de ahorro individual otorgar una pensión muy superior o incluso igual, pues no instaurarían este tipo de demandas y no se alegaría falta del deber de información por parte de las AFP's o el afiliado estaría muy satisfecho y es claro también las prestaciones que se reconocen en uno y en otro régimen no son comparables, si no su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, pues cabe señalar que el régimen de prima media, los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley contrario a lo que sucede en el RAIS en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente a los valores aportados, ahorrados por los afiliados en sus respectivas cuentas, situación pues que el actor conocido para el momento del traslado y durante su vinculación, que su pensión dependería a los ahorros que aportarían en su cuenta ahorro individual, ahora bien señores magistrados en caso de que ustedes decían que si se debe confirmar este fallo, pues solicitó que se absuelva a mi representada a la condena devolución de gastos destinados a las, de la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que pues ha estado obligada a contratar o qué estuvo obligada a contratar y ellos es así, porque está sumas correspondientes a los gastos de administración pues tienen por mandato legal una extensión específica que, en este caso cumplió plenamente su cometido en el período en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que lo exige la ley y ya no se encuentran en poder de mi representada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicó, que implicaba la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del demandante, que se ha visto reflejada con los rendimientos que ha obtenido, no tiene sentido y no corresponden a las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que en caso de que se declare la ineficacia del acto jurídico, que la persona a la cual se le ha restituido un bien, en este caso las sumas depositadas en una cuenta de ahorro individual, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantenerse bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que ha estado obligada a acatar, en ese mismo orden, pues tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de prima de los seguros previsionales, por cuanto ya no esté en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones, por lo que es claro que pues esta cobertura de la respectiva compañía de seguros pues también se hizo efectivo en el tiempo y por esa misma razón pues no, no es viable que también se deban restituir esas sumas. Con lo anterior pues dejó sustento a mí recurso solicitando una vez más que se revoque este fallo o en caso de que se confirme, se absuelva a mi representada de las, de la condenada a devolver gastos y sumas adicionales y a usted su señoría le solicitó que se me conceda el recurso, muchas veces gracias."

² "Gracias su señoría manifiesto que interpongo recurso de apelación para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral revoque la decisión y absuelva a mi representada toda vez que de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

acuerdo al interrogatorio de parte y a las pruebas documentales se permite establecer que no existió un error de hecho sino derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no sólo por la voluntad que plasmó el demandante al momento de suscribir la afiliación por su, también por su vocación de permanecer en el régimen privado, pues esto se dio por un tiempo prolongado al realizar el traslado al fondo pensional perteneciente al RAIS, en este caso Porvenir, más aún cuando el demandante se ve inmerso en una prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues el mismo solicita la nulidad y el traslado al haber sobrepasado los 10 años para solicitar el mismo, además es dable tener en cuenta el nivel empresarial del demandante al momento del traslado, ya que la Corte en su precedente habla en la importancia de distinguir entre un afiliado experto y un lego y es claro que por su nivel, el demandante debía tener cierta facilidad para conocer sus deberes como consumidor financiero y las consecuencias del negocio jurídico que estaba suscribiendo, además dejando claro que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico de que el demandante fue parte, sin ninguna presión y del que abiertamente reconoció que no se interesó, faltando a sus obligaciones que estaba en el deber de cumplir pues lo que estaba firmando era la administración de sus aportes pensionales, luego no es de recibo inculpar solamente a las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también él fue parte y mucho menos que Colpensiones, un tercero completamente ajeno ha dicho negocio jurídico, pues sea quien responda, pues aun cuando la AFP Porvenir regrese todos los valores provenientes de la cuenta ahorro individual, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez la administradora colombiana de pensiones tenga que reconocer las futuras pensiones, por lo tanto, si es dable aplicar si es dable aplicar aquella prohibición dispuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos o ya en cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Por lo anterior reiteró la solicitud al honorable Tribunal de que se tengan en cuenta todas las particularidades que expongo, pues como ya comenté no sólo estamos en un asunto que no es análogo a las jurisprudencias de la honorable Corte Suprema Justicia, sino que además en este asunto se pudo determinar que el demandante no demostró el vicio de consentimiento que se alega y que además tampoco era dable trasladar dicha carga probatoria la AFP demandada, pues esto también opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso lo amerita y no como ocurre con el aquí demandante, donde por el contrario sólo se logró probar la falta de cuidado de este como consumidor financiero, en los términos del régimen de protección al consumidor financiero, en tal sentido queda sustentado mi recurso de apelación gracias su señoría”

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 552.29 semanas³, para la fecha entrada en

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por la administradora, en expediente administrativo, documento GRP-SCH-HL-66554443332211_1799-20200820052321.PDF

vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 2 meses y 27 días)⁴, y para la fecha de la presentación de la demanda había cumplido la edad de pensión (tenía 62 años de edad, ver página 4 del 001.PO.Jairo Peñuela García Vs Colpensiones Fls 1-48 Exp.036 2019 00903.pdf).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁴ Ibídem.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, ni la acción para el efecto es prescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado, pues en palabras de esa corporación el cumplimiento del deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

No se obtiene prueba de tal hecho con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues indicó que en el 2000 dos asesores de PORVENIR dieron información en su empresa de moldes y de inyección de plástico, manifestando que el seguro social estaba pasando por un mal momento y que se iba a quebrar, y que explicaban solamente las bondades y beneficios delm RAIS que garantizaba la seguridad del dinero, y que solo se necesitaba inscribirse en el formulario que llevaba la asesora para tener una mejor pensión. (Audiencia virtual, minuto 25:24)

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” del acto, la ratificación por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución todos los valores que hubiera recibido

con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos, y reintegrar los gastos de administración, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 36 2019 00903 01

Jairo Arturo Peñuela García Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

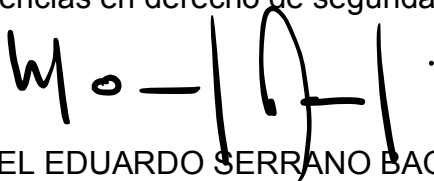
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLUYASE en la liquidación de costas, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE DANILO ALBERTO SÁNCHEZ CHÁVEZ
CONTRA CI NOVA BASILICUM SAS.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver los recursos de apelación presentados por el apoderado de la sociedad demandada contra: (i) el auto mediante el cual se negó la recusación del juez; (ii) el auto mediante el cual se negó la decisión sobre cosa juzgada y se negó la incorporación de una prueba documental; y (iii) la sentencia dictada por el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de marzo de 2021 mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de las prestaciones legales, vacaciones e indemnizaciones¹.

¹ Gracias su señoría, cómo son tres los elementos que anteceden su decisión entraría a precisar el recurso de reposición y en efecto de apelación a los que correspondan cada uno de ellos y frente al rechazo de plano de la recusación formulada, qué es precisamente y para efectos de la grabación, sea pertinente mencionar que la recusación es precisamente una institución que el legislador ha establecido claramente, como instrumento idóneo para hacer viva la imparcialidad de un Juez, imparcialidad pues que precisamente busca una de las partes que concurren dentro del proceso sea evaluado por un tercero. Segundo, difiero de la formulación, precisamente la taxatividad que establece la recusación como quiera que si usted pudo haber advertido como operario judicial, se está alegando es la del artículo 141 en la solicitud, frente las causales taxativas de recusación que establece el Código General del Proceso por aplicación analógica del 145 entre el proceso laboral, entonces, no obstante que usted menciona su señoría, con todo el debido respeto que se rechazará de plano y en ese es entendido que no admite recurso alguno, apelando para ello en la formulación del artículo 142, trata los Ministerio solicito comedidamente se considere lo correspondiente, segundo parte resolutive también del auto que lo antecede niega los elementos probatorios porque precisamente considera que no hay una circunstancia precisamente de suyo relevante para poderlo allegar, entonces precisamente y bajo los argumentos lógicos y analógicos de entender que esto es una prueba sobreviniente, hubiera sido interesante que así mismo como usted manera absolutamente clara y diáfana y como quiera que se va a compulsar copias al

AUTO

RECUSACION. Revisado el expediente la Sala confirmará el auto que negó la recusación del juez, propuesta por la demandada con fundamento en la causal 9ª del artículo 141 del CGP: “9. *Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado*”, pues en el incidente no se adujeron ni probaron hechos de los cuales se pueda inferir razonablemente que entre el apoderado de la sociedad demandada y el juez de primera instancia exista una *enemistad grave* que pueda afectar su imparcialidad para decidir la controversia.

Por el contrario, las providencias en las que se resolvieron las solicitudes de aplazamiento elevadas por el abogado y sobre las cuales funda la solicitud el demandante como pruebas de la *enemistad* (folios 150, 151, 156 y 157), fueron tomadas por el juez en uso de los deberes que le asigna el artículo 48 del CPL como director del proceso, y de su contenido no se advierten mensajes injuriosos o falta de respeto hacia el abogado, como se afirma en la recusación. Muchas de esas decisiones -no sobra decirlo- accedieron a las peticiones elevadas el recusante, sin que de tal situación se pueda entender *mutatis mutandi* que existiera una *amistad íntima* con el apoderado, sino el cumplimiento de los deberes funcionales.

La recusación es un mecanismo de protección de la imparcialidad de los funcionarios judiciales que no se pueden surtir de forma caprichosa, sino con

Consejo Superior de la Judicatura, la fecha del 23 desde el punto de vista temporal, es una fecha distinta a la cual, de alguna u otra manera hay unos elementos intrínsecos que acompañaban la solicitud de haber solicitado precisamente la postergación de la audiencia, hubiera sido interesante que operador judicial también hubiera advertido los testimonios donde claramente las personas que acreditan haber trabajado con el señor Danilo dicen que nunca trabajo con la demanda, hubiera sido bastante interesante que también se pudieran ampliar ese análisis frente a los elementos sustanciales y probatorios que se pretendían allegar precisamente porque lo que de alguna u otra manera buscan estos procesos es, develar la verdad verdadera, la verdad socrática de las cosas y en ese entendido su señoría, frente... la cosa juzgada como excepción previa que se había establecido en su proceso, considero su señoría para todos sus efectos, que en ese entendido y frente a esa parte resolutive del auto se considere si así lo entendí que tenga consideración de lo esbozado para el 20 de octubre del año 2020. Muchas gracias su señoría.

apego estricto a las causales que señala de manera taxativa en la Ley cuando estén verdadera y debidamente comprobadas.

Se CONFIRMA la decisión que rechazó de la recusación del Juez.

AUTO

COSA JUZGADA. La Sala no se podría pronunciar sobre el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la demandada frente al auto que aplazó una decisión sobre Cosa Juzgada para el momento de dictar sentencia, pues cuando fue negado dicho recurso el abogado propuso QUEJA pero no cumplió con los deberes que le correspondían para que dicho trámite se pudiera surtir en el Tribunal.

Pero de todas formas y una vez revisado el auto dictado en la primera audiencia de trámite, advierte el Tribunal que en la providencia apelada se pospuso el estudio sobre Cosa Juzgada para el momento de la sentencia sin tomar una *decisión* sobre la excepción, razón por la cual dicho auto no es apelable. A tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 65 del Código de Procedimiento laboral, es apelable el auto “*que decida sobre excepciones previas*”

Se RECHAZA el recurso de apelación.

AUTO

PRUEBAS SOBREVINIENTES. Revisado el expediente la Sala igualmente confirmará la decisión que negó la incorporación de unas pruebas al expediente, pues en aplicación de los principios de preclusión, lealtad procesal y contradicción, las pruebas se deben solicitar e incorporar al expediente en los momentos que la Ley define, quedando como última oportunidad para que las partes hagan solicitudes en esta materia el cierre del debate probatorio. Ejecutoriado el auto que cierra el debate probatorio, solamente procederá el

decreto o la práctica de pruebas adicionales cuando el juez *oficiosamente* las estime útiles para decidir la controversia.

En este proceso el juez no consideró útiles para zanjar la controversia las pruebas pedidas por la demandada, decisión que comparte el Tribunal, pues dictará la sentencia de segunda instancia sin acudir a los testimonios que pretendían ser desvirtuados con las pruebas que el abogado de la demandada denominó *sobrevinientes*.

Se CONFIRMA el auto que negó la incorporación de unas pruebas.

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DANILO ALBERTO SÁNCHEZ CHÁVEZ presentó demanda contra la sociedad CI NOVA BASILICUM SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 29 de junio de 2009 y el 30 de diciembre de 2014, y el pago de prestaciones sociales, auxilio de transporte, vacaciones, aportes en pensión, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización contenida en el artículo 65 del CST, sanción por no consignación de cesantías, los conceptos que aparezcan probados ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que mediante contrato verbal se vinculó al servicio de la demandada el 29 de junio de 2009 hasta el 6 de febrero de 2014, para desempeñar funciones a destajo como cortador y desyerbe de terreno devengando salario quincenal de \$229.000. El 6 de febrero de 2014 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada, recibió el preaviso de terminación el 7 de noviembre de 2014 y laboró hasta el 30 de diciembre de ese año. Aduce que únicamente se liquidaron las prestaciones del último período laborado, sin tener en cuenta el tiempo que transcurrió

desde el año 2009; que durante su vinculación no lo afiliaron ni pagaron aportes a la seguridad social en pensiones, ni lo afiliaron a un fondo de cesantías. Indica que el 23 de febrero de 2015 se llevó a cabo audiencia pública de conciliación con la empresa representada por Dolly Isolina Carvajal, y que el 5 de mayo de 2015 se dirigió a la Defensoría del Pueblo en Bogotá para solicitar las acreencias laborales (folios 42 a 49).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad CI NOVA BASILICUM SAS, mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que el primer vínculo laboral (entre el 29 de junio de 2009 y el 5 de febrero de 2014) finalizó por mutuo acuerdo y previa una transacción, y la segunda vinculación (entre el 6 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014) finalizó por la expiración del plazo pactado. Aduce que se pagaron los derechos laborales conforme a la ley junto con las cotizaciones al sistema de la seguridad social. Propuso como excepciones previas *prescripción, indebida notificación al demandado*² y *cosa juzgada* y como excepciones de fondo *inexistencia de las obligaciones cobro de lo no debido, prescripción, compensación y la innominada*. (folios 66 a 75 y 124 a 127).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de marzo de 2021 mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de enero de 2012 y el 5 de febrero de 2014, declaró la nulidad del contrato de transacción celebrado entre las partes, y condenó al pago de las prestaciones legales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a Seguridad Social. Para tomar su decisión el juez señaló que desde la contestación de la demanda la accionada aceptó la existencia de una relación laboral antes del 6 de febrero de 2014, y si bien adujo que los emolumentos laborales surgidos de esa primera relación laboral habían sido objeto de transacción, dicho acuerdo no tiene validez pues

² La excepción de indebida notificación la resolvió el juez como un incidente de nulidad en la etapa de saneamiento del litigio (Audio 1 Minuto 44:33), en la cual estableció que se realizaron todas las acciones procesales para garantizar el derecho de defensa y concluyó que la finalidad se cumplió y la representante legal se notificó personalmente en debida forma y ejerció los actos de contradicción y defensa. -Esta providencia quedó en firme-.

el trabajador renunció a derechos ciertos e indiscutibles por lo cual no tiene efecto de Cosa Juzgada. Declaró la prescripción de los derechos causados antes del 23 de febrero de 2012, por interrupción del término con la diligencia de conciliación fallida realizada el 23 de febrero de 2015, salvo los aportes a pensión que son imprescriptibles, los cuales se deben pagar a la AFP PORVENIR por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 al 30 de abril de 2013, encontró pagados los aportes causados entre el 1º de mayo de 2013 y el 30 de diciembre de 2014. Encontró mala fe en el actuar de la sociedad CI NOVA BASILICUM SAS y condenó por ello al pago de indemnización moratoria en forma de intereses a la tasa máxima hasta la fecha del pago de las prestaciones causadas, a sanción moratoria por no consignación de las cesantías.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR que, entre el demandante, el señor DANILO ALBERTO SÁNCHEZ CHÁVEZ y la empresa demandada CI NOVA BASILICUM S.A.S existió un contrato de trabajo celebrado de manera verbal por el periodo comprendido desde el 1 de enero del año 2012 hasta el 5 de febrero del año 2014 de conformidad con los argumentos expuestos en la parte emotiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la empresa demandada CI NOVA BASILICUM S.A.S a reconocer y pagar a favor del demandante el señor DANILO ALBERTO SÁNCHEZ CHÁVEZ, las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos: Literal a) Auxilio de cesantías la suma de \$1,140,528.89 pesos. Intereses sobre las cesantías \$122,517.16 pesos. Prima de servicios la suma de \$ 894,958.89 pesos. Compensación por vacaciones la suma de \$ 570,264.44 pesos. Por concepto de indemnización por no consignación al fondo de cesantías la suma de \$13,854,400 pesos. Literal f) Por concepto de indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, se condena a reconocer y pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera y liquidados sobre los valores adeudados por concepto de auxilios de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios hasta que se verifique el respectivo pago de la obligación. Literal g)

por la obligación de hacer respecto del pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 al 30 de abril del año 2013, para lo cual entonces una vez ejecutoriada la presente decisión se concederán 15 días hábiles para solicitar el respectivo calculo actuarial ante la administradora de fondo de pensiones PORVENIR para lo cual deberá tenerse en cuenta como ingreso base de cotización un salario mínimo mensual legal vigente, verificada y cumplida dicha obligación se tornara un término de 15 días hábiles para que proceda al pago efectivo de la obligación. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la empresa demandada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. CUARTO: costas a cargo de la parte demandada, fijo como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, las cuales serán tasadas y liquidadas en la debida oportunidad procesal pertinente por parte de secretaria en caso de quedar en firma y ejecutoriada la presente decisión (Min 1:05:41).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada solicita que se revoque el fallo en su integridad. Aduce que los testimonios no son suficientes para determinar la fecha exacta del contrato de trabajo antes de febrero del año 2014, pues aunque el juez indicó que la representante legal había hecho alusión a una fecha determinada, en el interrogatorio dijo *“que no recordaba la existencia exacta del vínculo laboral antes de la suscripción”*. Frente a la transacción indica que allí quedó consignado que el actor recibió la liquidación y pago de sus prestaciones sociales, y resalta que en la demanda no se solicitó la nulidad de tal acto por vicios del consentimiento (fuerza, error, dolo o engaño), y por ello el contrato de transacción debió ser prueba suficiente para declarar la Cosa Juzgada frente a las acreencias que se pudieron causar antes de febrero del año 2014. Pide que se revise lo pertinente a la mala fe declarada por el aquo, pues la buena fe se presume y por ello no se debe probar. Afirma que el documento con el que el Juez de instancia entendió interrumpida la

prescripción se dirigió a DOLLY ISOLINA CARVAJAL como personal natural y no como representante legal de la empresa, y por ello no pudo interrumpir el término de prescripción (Audio 3 Minuto 1:12:52)³.

³ “Gracias su señoría, me permito formular recurso apelación a la sentencia que me precede por los argumentos y por las circunstancias fácticas y jurídicas que destaco a continuación, frente a la parte primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del acápite resolutivo del fallo en el entendido que primero se establece por parte del Despacho y el honorable Juez que la prescripción como fenómeno se advierte la reclamación del 23 de febrero del 2015, omitiendo qué es la reclamación se suscitó contra la señora Doly como persona natural y no como representante legal de la aquí demandada, razón importante para poder tener en cuenta el extremo temporal para advertir o reconocer el fenómeno de la prescripción, precisamente declara la caducidad de la acción laboral respecto del proceso que nos precede y los segundo y como bien lo advertía el Despacho los testimonios no fueron lo suficientemente claros para poder determinar la existencia del extremo temporal de la relación laboral, que era el objeto de la litis, precisamente como los advertía el Despacho para poder establecer la existencia de la relación laboral suscitada entre las partes antes de febrero del año 2014, aspecto de ... relevante porque precisamente se pudo establecer una validación y es que la representante legal, en términos generales no recordaba bien precisamente la existencia exacta del vínculo laboral antes de la suscripción pertinente, los segundo, la transacción si bien es cierto como lo había vendido, lo ha venido advirtiendo de vieja data y manera histórica la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral no constituye un recibo de pago para poder de alguna u otra manera soslayar los derechos de los trabajadores, es una falta, pero por un principio general de interpretación que vale la pena traer a colación la inescindibilidad de la norma o conglomeramiento, se entendería que de alguna u otra forma si había un reconocimiento, una admisión y una situación plenamente reconocida por el demandante en el sentido de haber recibido, revisado lo correspondiente a la liquidación y pago de sus prestaciones sociales, aspecto que consideró mayúsculo en el entendido en que el contrato de transacción jamás fue objeto de una nulidad por parte de quienes formularon la demanda a efectos de establecer que la cosa juzgada precisamente en estos, en las circunstancias que estamos advirtiendo y consultado precisamente que la transacción obedecía a derechos inciertos y discutibles y precisamente la tasación de una suma para tales efectos era un documento que debió haberse tenido en cuenta precisamente para entender que ningún momento acá se pudo establecer los vicios que pudieran llegar a indicar una conclusión respecto de la, perdón, una conclusión respecto de identificar vicios del consentimiento fuerza, error, dolo o engaño que de alguna u otra manera haber inducido a error, en este caso el demandante, para efectos de haber suscrito la transacción que mencionamos, de tal suerte que no consideramos de recibo entender que el contrato de transacción como un documento que las partes establecieron de buena fe, para efectos de precaver cualquier conflicto pasado o futuro con ocasión a la relación laboral, que se había suscitado entre las partes hasta antes de febrero del año 2014 y si bien es cierto, se acoge un criterio jurisprudencial para poder establecer el extremo temporal, también diferimos en la manera en que alguna u otra forma para hacerlo se desconoce que también habían elementos de prueba, entre ellos el que allegó como sobreviniente, precisamente porque se suscitó el 23 de febrero del calendario año, el testimonio del testimonio donde efectivamente consideramos que se deberá evaluar para tales efectos. Lo otro, la mala fe por decirlo así, no es necesario de algún otro desarrollar mucho este aspecto, en el entendido que si bien es cierto, se desprende que no se logró acreditar el pago de una liquidación de ese periodo en mención, tampoco ello es cierto que se esté bajo los terrenos y bajo las circunstancias interpretativas que ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en el entendido que la buena fe se presume por un principio constitucional y acá se tiende que él no pagó eventual de unas acreencias laborales tampoco es ... para entender que la posible o eventual o hipotética omisión constituye una mala fe, de tal suerte que nos apartemos de la sanción, precisamente por no pago de cesantías y demás que se están desprendiendo de estos aspectos. La excepción insistir de la de cosa juzgada no se destruyó, ni se evaluó la integridad jurídica y la naturaleza jurídica de la transacción del documento allegado a folio 90 correspondiente, donde las partes efectivamente establecieron eso, de tal suerte su señoría, que nos apartemos de los acápites primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT, el Tribunal estudiará (i) si se encuentra acreditada una relación de trabajo desde el 1º de enero de 2012; (ii) si se probó la excepción de Cosa Juzgada de los derechos causados antes de febrero de 2014 con el contrato de transacción aportado; (iii) si se interrumpió o no la prescripción con la citación al Ministerio de Trabajo, y (iv) si procede o no el pago de indemnización moratoria.

(i) Para resolver lo primero los artículos 22 y 23 del CST, definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

reservándome la posibilidad de poder argumentar, de poder acreditar con mayor juicio las razones por las cuales sustentó el recurso que me antecede y mencionar que si bien es cierto el efecto derivado como operador judicial y director del proceso se estableció hacia el final, respecto de la decisión desde la excepción previa de cosa juzgada y entendiéndola y respetando ni más faltaba la oportunidad para hacerlo, entender que desde alguna u otra forma la cosa juzgada desde su momento de haberse acreditado en el entendido que insisto, no fue destruido ni atacado por un mecanismo ni era el objeto de la litis como se advirtió en un momento el vicio del consentimiento de las circunstancias, de tal suerte que no puede pretenderse dar los documentos fiabilidad y efectos jurídicos respecto algunas unas cosas si y respecto de las otras no, advirtiendo ni más faltaba o reiterando el respeto que me procurar la decisión del Despacho. Muchas gracias su señoría”.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Por ello, probada la prestación de un servicio personal se entiende que se ejecutó de manera subordinada y corresponderá al demandado desvirtuar este elemento, para lo cual tiene la carga de aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales se pueda concluir que el servicio se desarrolló con autonomía técnica y directiva.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal encuentra prueba clara de los tres elementos del contrato de trabajo en la relación de servicios personales que desarrolló DANILO ALBERTO SANCHEZ CHAVEZ en favor de la sociedad C I NOVA BASCILICUM SAS, durante la cual cumplió funciones de *cortador y deshierbe de surcos y terrenos*, entre el 1 de enero de 2012 y el 5 de febrero de 2014.

La fecha inicial de la relación se obtiene de la declaración rendida por la representante legal de la demandada DOLLY ISOLINA CARVAJAL PARRA (Audio 1 – Hora 1 Minuto 12:53) quien fungía como jefe del demandante y confesó que éste prestó servicios personales antes del 5 de febrero de 2014 cortando césped y deshierbando surcos, aceptó que trabajaba al destajo, que el horario era variable 2, 3, o 5 veces a la semana dependiendo de las condiciones del clima, que las acreencias que se pudieron causar antes de suscribir el contrato de término fijo fueron objeto de transacción, y en cuanto al extremo inicial de la relación aunque en principio indicó no recordar las fechas, también dijo “*en el momento no recuerdo, aproximadamente 2011 o 2012*”, dicho del cual resulta válido tener como fecha de inicio el último día del mes o año que se reconoce (Sentencia Radicado 42167 de 2012 y Radicado 37865 de 2013, M.P. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE).

Obran como evidencia adicional de la existencia del contrato de trabajo antes del año 2014 los documentos de folios 110 a 117 que dan cuenta de aportes

a la seguridad social realizados por la empresa CI NOVA BASILICUM SAS al actor como trabajador a partir de mayo del año 2013.

No resultan útiles sobre la materia apelada (la fecha de inicio de la relación de trabajo) los testimonios de LORENA MORALES (Audio 1 Minuto 9:40 y Audio 2 Minuto 8:35) y YEIMY BEJARANO (Audio 2 Minuto 56:19), pues la primera dijo conocer al demandante porque realizaban las mismas funciones en la finca de la empresa demandada, pero sus afirmaciones no resultan claras ni creíbles, y la segunda manifestó que el conocimiento del demandante lo obtuvo porque su hermana “*le contaba*” y que no le constaba nada directamente.

(ii) Resuelto lo anterior, pasa la Sala a estudiar la excepción de COSA JUZGADA negada en la sentencia apelada. Para este efecto, el artículo 1502 del Código Civil otorga validez a los actos jurídicos que se celebran personas que tienen *capacidad* que han expresado su consentimiento libre de vicio, cuando el acuerdo tiene *objeto y causa lícitos*. Por ello si el acuerdo celebrado es una Transacción y cumple con dichos requisitos, tendrá efectos de cosa juzgada sobre las materias que fueron su objeto.

Sin embargo, en asuntos del trabajo por mandato de los artículos 14 y 15 del Código Sustantivo y 53 de la Constitución Política, cualquier acuerdo (conciliación o transacción) mediante el cual el trabajador renuncia a derechos *ciertos e indiscutibles* que se hubieran causado durante la ejecución de un contrato de trabajo tiene objeto y causa ilícitas, pues en materia laboral solamente tiene validez la renuncia o transacción de *derechos inciertos y discutibles*.

Un derecho es *cierto e indiscutible* cuando no hay duda sobre la fuente formal o normativa que lo causa, ni sobre los hechos que lo generan, lo que ocurrió en el caso bajo estudio con las prestaciones que se causaron durante la parte inicial de la relación de trabajo del demandante, pues en el texto mismo del acuerdo transaccional la parte demandada aceptó la existencia del contrato de

trabajo, que sería la fuente formal de los derechos prestacionales a cuyo pago se condenó en la sentencia apelada, y aceptó la prestación de los servicios en su favor, que sería la fuente material o hechos que generaron tales derechos.

En consecuencia la transacción sobre la cual se reclama el efecto de Cosa Juzgada adolece de validez, tal como lo definió la sentencia apelada que también en esta parte será confirmada por el Tribunal, advirtiendo frente a las manifestaciones de pago que hicieron las partes en dicho documento, que por los mismos principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad de los derechos, en materia laboral el empleador que alega el pago de derechos causados debe probar que efectivamente lo efectuó, pues carecen de eficacia en esta materia las manifestaciones de paz y salvo que haga el trabajador. Si como se afirma en el documento de transacción, la demandada pagó al trabajador todos los derechos causados, se debió aportar al proceso la prueba clara de las sumas entregadas y de los derechos que con ellas se estaban cancelando para poder verificar que correspondieran a la totalidad de los derechos que efectivamente se causaron en favor del demandante y a los que no podía renunciar.

(iii) Sobre PRESCRIPCIÓN, los artículos 488 del CST y 151 de CPL disponen un término de tres años para instaurar la acción judicial que busca el reconocimiento de derechos laborales, contado *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*, so pena de prescripción. Precisan las normas que *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca del derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, pero solo por un lapso igual”*.

Con esta regla normativa la interrupción del término prescriptivo se debe entender efectuada válidamente cuando el empleador recibe la reclamación del trabajador identificando los derechos que serán objeto de la acción judicial, lo que ocurre cuando se efectúan los trámites para obtener una conciliación extrajudicial. Dicha diligencia interrumpe la prescripción sobre los derechos que se reclaman en la audiencia, siempre y cuando a la diligencia haya

comparecido el empleador⁴, o -agrega esta Sala- cuando la citación se demuestre recibida por el empleador y en ella se hayan identificado específicamente los derechos sobre los cuales versará la acción judicial.

Con este criterio el Tribunal confirmará también la decisión que dispuso la interrupción del término de prescripción teniendo en cuenta la constancia de folio 24 del expediente, pues de ella se evidencia que al Ministerio de Trabajo compareció la sociedad demandada a través de su representante legal, sin que se pueda aceptar que DOLLY ISOLINA CARVAJAL PARRA acudió a la cita en representación propia, pues además de resultar inverosímil tal argumento, la citación de folio 23 requirió su presencia como representante de CI NOVA BASILICUM SAS.

(iv) Finalmente y para resolver sobre la condena a pagar por indemnización moratoria -cuarto motivo de apelación- el artículo 65 del CST obliga al empleador a pagar un día de salario por cada día que transcurre desde la terminación del contrato de trabajo si en ese momento no pagó la totalidad de los salarios y prestaciones causados en favor del trabajador, y si bien esta condena no opera de forma automática e inexorable, pues la conducta de abstención puede estar revestida de buena fe, ésta solo puede ocurrir por el entendimiento plausible del empleador de no estar obligado al pago de los derechos, o por situaciones sobrevinientes de las cuales le resulte imposible efectuar dichos pagos (quiebra, liquidación, insolvencia, etc). Estas circunstancias deben ser alegadas por el demandado y deben estar plenamente demostradas en el proceso.

⁴ “(...) la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Rad. 33273 Junio 18 de 2008, M.P. Luis Javier Osorio López).

En el caso bajo estudio no se alegaron ni probaron las circunstancias referidas por la parte demandada, quien -no sobra decirlo- desde la suscripción del acuerdo de transacción aceptó la vinculación laboral con el demandante, razón suficiente para confirmar también en este aspecto la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

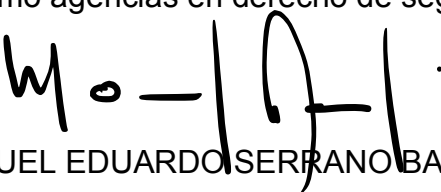

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE ALFREDO GUTIÉRREZ CUMBE
CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
NACIONAL.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, la sentencia dictada por el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020 mediante la cual declaró un contrato de trabajo a término fijo entre el 1° de enero del año 2014 y el 16 de marzo de 2015 en el cargo de mecánico de Aviación del equipo UH 60, y se condenó al pago de diferencias en prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a la seguridad social en pensiones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE ALFREDO GUTIÉRREZ CUMBE presentó demanda contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ejecución de un contrato de trabajo entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, con salario de \$4.379.120 o el mayor valor que resulte probado incluyendo la prima especial pactada por

\$2.000.000 como factor salarial, y en consecuencia se condene al pago de las diferencias que resulten en sus derechos prestacionales y la indemnización moratoria contenida en el decreto 797 de 1949, lo que se demuestre ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que fue contratado por el ejército nacional -división de aviación asalto aéreo- mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de *mecánico de aviación del equipo MI- 17* con salario mensual de \$4.379.120 y laboró desde el 1º de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 que terminó por preaviso entregado en el mes de noviembre de 2014. Aduce que en el acta de liquidación la entidad reconoce que existe un saldo pendiente por cancelar y cumplido el plazo de 90 días no se ha sufragado lo adeudado, y que no se incluyó en la liquidación el factor salarial que percibía mensualmente (Ver demanda folios 2 a 21).

Notificada la demanda a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y corrido el traslado legal, no fue contestada¹ (folios 25 y 28).

También se notificó la demanda al MINISTERIO PÚBLICO, quien a través del Procurador Segundo judicial la contestó indicando que conforme al Decreto 1792 de 2000 el cargo que ostentó el demandante corresponde al de un trabajador oficial; sin embargo, señala que la parte actora no allega elementos de juicio que permitan dar veracidad a sus afirmaciones. Propuso como excepciones *prescripción, pago y compensación, e incumplimiento del actor en la carga de la prueba* (ver escrito a folios 28 a 36).

¹ Aunque la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL no contestó la demanda, a través de apoderado se hizo presente en la primera audiencia de trámite (Cd 1 Audio 1 Minuto 19:46) y el Juez previo a iniciar la etapa de conciliación, con el fin de evitar futuras nulidades se pronunció respecto de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, y ordenó librar oficio a la entidad demandada con el fin que allegara el expediente administrativo del demandante. Decidió con base en dicha prueba que sí es competente (Cd 2 Audio 2 Minuto 10:27).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de octubre de 2020, en la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá declaró que entre el demandante y la Nación Ministerio de defensa existió un contrato de término fijo entre el 1° de enero del año 2014 y el 16 de marzo de 2015 en el cargo de mecánico de Aviación del equipo UH 60, y condenó a la demandada al pago por concepto de diferencia en el pago prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a la seguridad social en pensiones con el salario realmente devengado. Para tomar la decisión verificó de la prueba documental que el contrato se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2015 pero terminó por renuncia del actor el 16 de marzo de 2015. Encontró que conforme lo pactado en el contrato de trabajo cláusula cuarta, la prima especial siempre era factor salarial y se pagaba todos los meses por valor de \$2.000.000, y con base en ello ordenó la reliquidación de las cesantías, vacaciones y el pago de diferencias en lo cotizado a la seguridad social, teniendo en cuenta dicho emolumento. Encontró prueba de pago de la prima de servicios anual que reclama la demanda, y negó el pago de sanción moratoria pues la demandad actuó de buena fe.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante el señor Jorge Alfredo Gutiérrez Cumbe y la demandada Nación Ministerio de defensa existió un contrato a término fijo comprendido entre el periodo entre el 1° de enero del año 2014 al 16 de marzo del año 2015 en el cargo de mecánico de Aviación del equipo UH 60 de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO CONDENAR a la demandada Nación Ministerio de defensa al reconocimiento de las siguientes pretensiones a favor del demandante , el señor Jorge Alfredo Gutiérrez Cumbe literal a por concepto de diferencia en el pago del auxilio de cesantías la suma correspondiente a \$1,956,518.44 por concepto de vacaciones de la suma de \$3,517,893.07, literal c por concepto del pago de las diferencias con destino al sistema de seguridad social en pensiones impone la obligación de hacer, de pagar las cotizaciones correspondientes al período comprendido entre el 1° de enero del año 2014 al 16 de marzo del año 2015 tomando la diferencia*

del salario en la suma de \$2.000.000, para tal efecto se concede a la parte demandante un término de 15 días una vez ejecutoriada la decisión para que informe en qué administradora de fondos de pensiones se encuentra vinculado, vencido este término correrá en 15 días a cargo de la entidad demandada para que solicite la elaboración de cálculo actuarial, por la diferencia que resulte en los términos anteriormente indicados, advirtiéndole que si en el plazo indicado no se cumple podrá solicitarlo la parte demandante, una vez que obtenga el respectivo cálculo actuarial corre la exigibilidad para el pago efectivo de la obligación ante la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentra afiliado al demandante; literal d se ordena pagar la indexación de las condenas determinadas en los literales a y b, esto es auxilio de cesantías y vacaciones el cual se estimará desde la fecha de exigibilidad de la obligación hasta el momento del pago efectivo de la misma. TERCERO ABSOLVER de las demás pretensiones a la entidad demandada en virtud de los argumentos presentados. CUARTO CONDENAR a la Nación Ministerio de defensa en costas en el presente proceso para tal efecto se fija cómo agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por secretaría se tasaré en la debida oportunidad procesal. (CD 1 Audio 3 Minuto 36:41)

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso el demandante impugna la sentencia en cuanto negó la prima de servicio anual, pues considera que debió ser incluida en la liquidación conforme a los extremos declarados (1 de enero del 2014 al 16 de marzo del 2015); y en cuanto negó el pago de sanción moratoria con base en el Decreto 797 de 1949 pues la entidad actuó de mala fe al interpretar indebidamente una norma legal y pactar la “desalarización” de un factor claramente salarial (Audio 3 Minuto 36:41)².

² “Su señoría muchas gracias, a continuación voy a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir por parte de este Despacho y lo voy a interponer y sustentar en debida forma de acuerdo a los siguientes argumentos, quiero ser claro que mi recurso apelación va encaminado a dos situaciones falladas dentro de este proceso, en primer lugar al prima, a la negatoria de prima de servicio anual y en segundo lugar a la negatoria de la procedencia de la sanción que contiene el artículo primero del Decreto 797 de 1949, inicio con la primera, frente a la prima de servicio estoy de acuerdo

con, por parte de ese Despacho frente a lo que se ha advertido dentro del pago que se realizó a mi cliente y que en efecto, este pago se tuvo en cuenta la totalidad de lo que fue el factor salarial real y que fue declarado por parte de este Despacho. Considero atinente que en este caso la prima que fue liquidada y cancelada en el mes de julio, en efecto se tuvo en cuenta la totalidad del salario, sin embargo si discrepo de la sentencia de primera instancia en atención que, a modo de este demandante se considera que está prima de servicio que solicito el libelo petitorio también debió haber sido incluida dentro de la liquidación de este contrato, de acuerdo a los extremos que fueron declarados 1 de enero del 2014 al 16 de marzo del 2015, y tiene respaldo jurídico esta advertencia en el párrafo que contiene el artículo 139 del plurimencionado Decreto 1214 de 1990, ese párrafo nos indica que cuando el trabajador no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al reconocimiento de las primas de navidad y de servicio anual a razón de una duodécima parte por cada mes completo de servicios, liquidada con base en el último salario devengado, en este sentido su señoría y honorables magistrados, consideró que existe un fundamento legal con el fin de poder entrar a liquidar, perdón, reliquidar la prima de servicios solicitada en el libelo introductorio de la demanda con base a este párrafo y no dejar desprotegido el periodo que no fue liquidado en virtud de que si era procedente, así mi cliente no hubiese completado el año completo de servicio, este es mi argumento frente a la a la prima de servicios que se negó por parte de este Despacho y solicitaría de manera muy respetuosa, a los honorables magistrados que conozcan del presente asunto, se revoque la decisión y se conceda este derecho mínimo e irrenunciable de mi cliente. Ahora bien, frente al segundo punto de esta apelación consideró que si bien son respetables los argumentos que ha proferido este Despacho y la interpretación jurídica que se le dio a la totalidad de la norma que se empieza con el Decreto 1214 de 1990 y nos retrotraemos al Decreto 2127 de 1945 frente al factor salarial y también nos vamos al artículo 53 de la Constitución Política frente a la primacía de la realidad sobre las formas y damos por entendido que en efecto, el ejército nacional ha interpretado de manera indebida una norma, que si bien dentro de los alegatos de conclusión de mi colega, defensor del ejército nacional, advierte que el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 es aplicable a este caso, yo discrepo de esta aplicación tal como también lo advirtió el Despacho en virtud... Decreto 1214 tiene un híbrido de regulaciones tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales y no podemos perder de vista la calidad de trabajador de mi cliente, de vinculado y esta vinculación no se da como empleado público que de ser así hubiere sido aplicable el capítulo 102 que fue mencionado también dentro de este proceso, sino por el contrario bajo la calidad de trabajador oficial existe un título y un capítulo especial frente a su vinculación y frente a la regulación de este salario, en este orden de ideas, su señoría, yo considero que una entidad publica, no le es dable desacertar de esta forma frente a la contratación y máxime de una contratación que también es un híbrido con el derecho privado, ya que estamos hablando de un contrato de trabajo, no es aceptable desacertar en el sentido que la norma es clara y el artículo 139 es claro y le indican exactamente cuánto se pacta de salario y cuáles son las primas a las cuales tiene derecho este trabajador oficial y es así que hacen referencia el mismo contrato de trabajo, cuáles son las prestaciones sociales a las cuales, las cuales tienen el trabajador oficial, por encima su señoría y en atención a que mi cliente resulta ser la parte pasiva de la contratación, se denota que está, este error transgrede de manera relevante los derechos mínimos e irrenunciables de mi cliente y no podemos dejar de lado si bien este Despacho ha dejado el estudio de los contratos anteriores de lado, porque soy claro, que no fueron objeto de la demanda, si la prueba se encuentra reposada dentro del proceso, donde no solamente se hizo en el año 2014 está desalarización de manera indebida, se hizo también desde el año 2009 hasta la fecha y es una situación que debe tenerse en cuenta con el fin de verdaderamente endilgar, en primer lugar, si es acertada la contratación y la forma de pactar es la remuneración por la prestación del servicio, factor salario, y también si podemos pregonar que exista una buena fe por parte de la demandada cuando no solamente se hizo en un solo contrato sino que se hizo de manera desavenida en todos los contratos anteriores, y si bien no fue objeto de la reclamación, debió haberse reconocido también esos contratos anteriores, soy claro no se reclamó, pero si debe tenerse en cuenta que la vulneración de los Derechos mínimos e irrenunciables de mi cliente no son del año 2014 viene con anterioridad, no puede... una buena fe cuando una contratación se convierte de manera consuetudinaria en vulneratoria a los derechos mínimos e irrenunciables, ahora bien, si miramos la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación

laboral, acerca de la procedencia de esta sanción, porque no es, no es una sanción moratoria, es una sanción para renovar el contrato de trabajo porque el artículo primero en su párrafo es claro al advertir que si 90 días después no canceladas las prestaciones sociales a qué tiene derecho el trabajador oficial se renueva el contrato de trabajo, no es una indemnización moratoria como la trae el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, es una sanción de reanudación del contrato de trabajo, es decir, mi cliente debería estar en este momento laborando bajo el hipotético caso de la sanción contenida en este artículo primero del Decreto 797 de 1949 con el ejército nacional, por la reanudación del contrato y no puede dejarse de lado que este Decreto ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, cuando existen inconsistencias en la contratación de los trabajadores oficiales, revisando precedentes de la aplicación de este Decreto, encontramos mayormente precedentes por aplicación de primacía de la realidad sobre las formas, cómo se dio en este caso y por contratación errónea frente a los llamados contratos de prestación de servicio, en especial los del ISS pero si hacemos un símil de esa erroneidad que sucedió en ese momento de la contratación y qué son los casos estudiados en la actualidad por parte de la Corte, podemos ver que las partes de su momento estuvieron conscientes y presuntamente de acuerdo en que esa contratación era legal, de acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 etcétera, de acuerdo a su argumentación si traemos esa interpretación a un símil de este proceso, encontramos también que las partes podrían haber estado de acuerdo frente a la contratación pero también podemos advertir que existen irregularidades que quebrantan, se fraccionan los derechos mínimos e irrenunciables de mi cliente y vuelvo y repito tiene la parte pasiva de esta contratación laboral es mi cliente, quien no tiene la posibilidad de colocar las condiciones contractuales, mi cliente no puede advertir a que está de acuerdo y a qué no dentro de la contratación laboral, por lo tanto no le era dable ni siquiera refutar que esa prima se le incluyera como factor salarial, aun así para analizar también la buena fe, en este caso sería la mala fe de la demandada, vale agregar como el Despacho también lo advirtió, se hizo la reclamación administrativa y esa reclamación administrativa, tiene fecha del 28 de septiembre del 2017 su señoría, y honorables magistrados podemos observar que esta reclamación administrativa fue recibida por la entidad demandada y ni siquiera fue contestada y podemos ir más allá, la demanda ni siquiera fue contestada dentro del presente proceso habiendo sido debidamente notificado, entonces esta situación de dejadez frente a la realidad que ha sido declarada en este proceso no puede pregonarse nunca como buena fe, no puede pregonarse nunca como buena fe y ser exoneratoria ya de esta sanción que es completamente procedente para este caso, bajo los argumentos que he expuesto, no solamente en este recurso de apelación sino también en los alegatos de conclusión, consistieron su señoría que ante esta situación y ante los hechos que se configuraron dentro de la contratación y dentro de la errónea interpretación que hizo el ejército nacional, quién es quién tenía el poder subordinante para contratar y elaborar la minuta del contrato de trabajo, no le es dable pararse bajo una buena fe y exonerarse de esta indemnización o sanción contenida en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, máxime como ya lo mencione que habiendo podido solucionar este inconveniente, de este pago de prestaciones que han sido declaradas por parte de este Despacho, mediante una reclamación administrativa guardó silencio e hizo caso omiso y también guardó silencio dentro de la contestación de la demanda, dónde era allí, donde pudo haber argumentado de manera fehaciente que tenía una contratación legal y que pues siempre amparada bajo la buena fe, esta situación nunca se debatió ni se argumentó por parte del ejército nacional dentro del proceso, solamente fue mencionado por parte de mi colega en los alegatos de conclusión, pero no existen unas situaciones probatorias ni unos hechos argumentables donde verdaderamente esto pudiera esbozarse dentro del proceso y donde verdaderamente esto le pudiera permitir nuevamente, como lo indiqué anteriormente el ejército nacional exonerarse de esta sanción contenida en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, por lo tanto, honorables magistrados consideró que al haber sido declarada, este factor salarial completo frente a el valor de los 4 millones, perdón, 4.379.120 que fueron simulados como un salario base y con una prima especial, desalarizando de manera indebida y afectando los derechos mínimos laborales de mi cliente, el ejército nacional es merecedor de imponer esta indemnización contenida en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, por lo tanto, solicitaría de manera cordial, se revoque también la decisión frente a esta absolución de esta indemnización y contrario a ello, se conceda la misma, computarizandola desde el, 90 días después como lo advierte la norma desde el día 16 de marzo del 2015, bajo el factor denominador de un día de salario por cada día de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que JORGE ALFREDO GUTIERREZ CUMBE suscribió varios contratos de trabajo a término fijo con LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL en desarrollo de los cuales desempeñó funciones como *mecánico de aviación del equipo UH 60*. Estos hechos se corroboran con la copia de los contratos de trabajo³ y el concepto de idoneidad profesional obrante a folios 42 a 105.

Pasa la Sala a estudiar en Consulta las condenas impuestas en primera instancia y a estudiar los argumentos de la apelación propuesta por el demandante.

Revisado el expediente, ningún reparo merece a la Sala la decisión de primera instancia en cuanto encontró probada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1º de enero de 2014 hasta el 16 de marzo de 2015. Nada diferente se puede concluir de las actas de prórrogas del contrato que aportó la entidad demandada al expediente en folios 71vto, 72 el Acta No. 190 y folios 72vto a 74 el acta No. 140. Igualmente se anexó la carta de renuncia del actor y la aceptación de la misma a partir del 16 de marzo de 2015 (folio 75 vto).

1. PRIMA ESPECIAL COMO FACTOR SALARIAL. Para resolver esta materia nuestro ordenamiento jurídico asigna naturaleza salarial todos los pagos que recibe el trabajador de su empleador para retribuir *directamente* el

retardo, teniendo en cuenta el factor salarial que ha sido decretado acá por parte de este Despacho, en este orden de ideas, señor Juez dejó sustentado y debidamente, el recurso de apelación en contra la sentencia”.

³ (i) Contrato a término fijo No. 608 – 31 de diciembre de 2008. (ii) Acta de prorrogación No. 480 – 24 de noviembre de 2009. (iii) Acta de prorrogación No. 273 – 24 de diciembre de 2010. (iv) Acta de prorrogación No. 159 – 22 de diciembre de 2011 (v) Acta de prorrogación No. 173 – 24 de diciembre de 2012. (vi) Acta de prorrogación No. 0024 – 22 de diciembre de 2013. (vii) Acta de prorrogación No. 0039 – 26 de marzo de 2013. (viii) Acta de prorrogación No. 190 – del 1º de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014. (ix) Acta de prorrogación No. 140 – 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

servicio (por oposición a los pagos que se hacen por mera liberalidad y las prestaciones sociales), cuando dichos pagos *ingresan a su patrimonio periódicamente* (por oposición a pagos esporádicos o a las sumas de dinero que recibe el trabajador no para su propio beneficio sino para facilitar la prestación del servicio como los gastos de representación y los viáticos en la parte destinada a transporte y alojamiento).

Por ello y al margen de las estipulaciones que hagan las partes en el contrato de trabajo, siempre que un pago recibido por el trabajador tenga estas características, será salario, y su valor se deberá incluir en la base de liquidación de las prestaciones sociales sin que importe que se haya pactado en el contrato con nombre o se lo haya excluya de la base salarial, pues la Constitución Política dispone la *irrenunciabilidad* de los beneficios mínimos que consagra la Ley, y la invalidez de la transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

La Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 1996 impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene por ello efectos de cosa juzgada Constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Dice la sentencia: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Más adelante en la misma sentencia y al señalar que el artículo 128 del CST permite definir pagos que no constituyan salario, advierte la Corte: *“Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el*

trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”.

Solamente frente a una duda razonable sobre la naturaleza salarial del pago respecto del cual se pactó exclusión salarial, se podría declarar la eficacia del acuerdo de *desalarización* o de la transacción que haya zanjado la controversia.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión apelada en cuanto dispuso la reliquidación de los derechos del demandante incluyendo la suma de \$2.000.000 que recibía a título de *prima especial*, pues las pruebas aportadas demuestran que si bien en el numeral 4º de los contratos suscritos se acordó que no formaba parte del salario y se pagaba como una *prima*, también se probó que dichos pagos tenían como causa directa la prestación del servicio (así quedó estipulado en la cláusula cuarta del contrato de trabajo), se pagaban en forma periódica (hecho cuya prueba se obtiene de los certificados de nómina, folios 77 a 80-ver anverso), y constituían un ingreso personal para el trabajador.

2. PRIMA DE SERVICIOS ANUAL. En el mismo sentido fue acertada la decisión de primera instancia que negó el pago de la prima de servicios anual en los términos solicitados por el demandante.

Para el efecto resulta claro, como lo indicó la sentencia de primera instancia, que este derecho se pagó, según lo demuestran los documentos de folios 79 y 80, con base en el artículo 47 de la ley 1214 de 1990 que dispone un pago anual en el mes de julio con el salario que devenga el trabajador en el mes anterior (junio), sin asignar el derecho al pago proporcional cuando el contrato termine antes de julio⁴.

⁴ PRIMA DE SERVICIO ANUAL. “Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tendrán derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año”.

Pero de todas formas y aun si se pudiese entender que la demandada tenía la obligación de pagar proporcionalmente el derecho por el tiempo transcurrido entre el 1º de enero y el 15 de marzo de 2015, lo cierto es que no se demostró por el demandante el supuesto fáctico esencial para el pago: la prestación efectiva del servicio. Dicha prueba resultaba fundamental en el contexto de la demanda, pues allí se afirmó que el contrato de trabajo había terminado el 31 de diciembre de 2014, y si bien la sentencia de primera instancia concluyó *extra petita* que los extremos temporales del contrato eran diferentes a los alegados en la demanda, de tal declaración no se deduce necesariamente la prestación efectiva del servicio entre el 31 de diciembre de 2014 y el 15 de marzo de 2015. Bien pudo estar suspendido el contrato de trabajo o no haberse ejecutado en dicho lapso por cualquier otra causa.

Además, este asunto no fue objeto del debate que planteó el demandante al dar inicio al proceso y solo se vino a reclamar al momento de sustentar el recurso de apelación, lo que impedía a la demandada el ejercicio de su derecho de contradicción. En casos similares la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desestimado, por incongruencia, las decisiones de segunda instancia sobre asuntos que no fueron pedidos en la demanda ni se concedieron *extra o ultra petita* por el juez de primer grado ⁵.

4. SANCIÓN MORATORIA. Igualmente se confirmará la decisión que negó el pago de sanción moratoria, pues la Jurisprudencia de la Corte Suprema entiende buena fe del empleador cuando niega un pago con razones jurídicas atendibles o -en palabras de la Sala Laboral- con razones jurídicas *plausibles*.

⁵ CSJ SL8716-2014"En torno a la decisión tomada por el ad quem respecto de la condena por indexación, sobre la cual recae la única objeción de los cargos subsidiarios que se examinan, se observa que, en efecto, esa condena no fue objeto de pretensión alguna en la demanda inicial (folio 1), ni en la primera audiencia de trámite (folio 86), y tampoco se pronunció sobre ella el juzgador de primer grado en uso de la facultad de fallar *extra o ultra petita*, de tal suerte que el sentenciador de segunda instancia carecía de competencia funcional para pronunciarse respecto de ella, por lo que al disponer su pago en la sentencia que resolvió los recursos de apelación interpuestos por las partes incurrió en violación del principio de congruencia, al suponer la existencia de una reclamación que en realidad no existió".

Dice la Corte, *“la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”*⁶.

Con este supuesto normativo se advierte que los pagos ordenados en primera instancia tienen fundamento en la invalidez del numeral 4º de los contratos suscritos que otorgaba al beneficio recibido el carácter de una prima y no de salario.

Sobre esta materia (la exclusión salarial o *desalarización* de pagos) ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que la Sala Laboral de la Corte Suprema ha estimado la validez de dichas exclusiones para la liquidación de prestaciones sociales en el pasado. Ello permite concluir que la demandada no obró con mala fe, sino amparada en una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye la condena reclamada en el recurso.

Además, a lo largo de la relación laboral se demostraron cumplidas las demás obligaciones laborales surgidas, y pagadas todas las acreencias laborales que la entidad demandada estimó adeudar, incluso algunas que se encuentran definidas en el régimen de los *empleados públicos*, como la *prima especial*.

⁶ CSJ SL4076-2017” *También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley”*

Costas en la apelación a cargo del demandante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

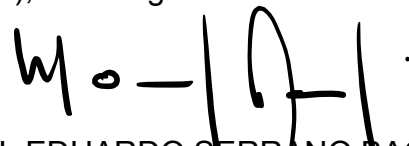

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HERNANDO ALONSO BEDOYA VALENCIA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2020 por el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de pagar pensión de vejez de alto riesgo por desempeñar actividades como aviador civil.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con T.P. 303.924, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HERNANDO ALONSO BEDOYA VALENCIA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión especial de vejez

por prestar sus servicios en actividades de alto riesgo, conforme lo establecido en la sentencia de constitucionalidad C-093 de 2017. Como fundamento de sus pretensiones afirma que ha laborado y cotizado como aviador civil al servicio de las empresas ACES, AIRES, AEROASIS y LATAM AIRLINES desde el 11 de diciembre de 1993, cuenta 1529,83 semanas cotizadas si se tiene en cuenta las semanas que corresponden a servicios prestados a las Fuerzas Aéreas; considera que se le debe aplicar el régimen pensional establecido en el Decreto 60 de 1973. Pide el reconocimiento de la prestación a partir del mes de noviembre de 2009, junto con los intereses moratorios, la indexación de las condenas, y los incrementos legales y convencionales a los que haya lugar (ver demanda en folios 1 a 11 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que para reconocer la pensión en las condiciones que se reclaman el demandante debía contar con 1540 semanas cotizadas de las cuales 940 debían corresponder a semanas de alto riesgo, y el demandante solo tiene 735.71 semanas cotizadas en toda la historia laboral ninguna de ellas por actividades de alto riesgo. Advirtió que la actividad de alto riesgo que reconoce el Decreto 2090 de 2003 es la que desarrollan técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo que presten servicios en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Propuso como excepción previa la de *falta de integración de litis consorte necesario* para integrar la litis con los empleadores AIRES, AEREOASIS y LATAM AIRLINES, y como excepciones de mérito: *prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 93 a 101 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de diciembre de 2020, a mediante la cual el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE*

PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por el demandante el señor HERNÁN ALONSO BEDOYA VALENCIA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia” (audiencia virtual No 2, minuto 25:20 – CD 3 del expediente). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el actor no demostró ser beneficiario del régimen de transición y por ello no se le podrían aplicar las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, ni tampoco demostró el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo, advirtiendo que no se pueden equiparar las actividades de alto riesgo con actividades peligrosas, y que para tener la actividad de aviador civil como una actividad de alto riesgo se debe acreditar la exposición del piloto a radiaciones ionizantes que superen los niveles aceptados, de forma permanente.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta*, como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La demanda que dio inicio al presente proceso persigue el reconocimiento de la pensión especial de vejez por los servicios que ha prestado el demandante como aviador en la Fuerza Aérea y en aerolíneas civiles con cotizaciones a CAXDAC y COLPENSIONES, pues considera que dicha actividad es de alto riesgo.

La Sala estudiará la pretensión pensional del demandante al amparo de las normas que regulan el régimen de los aviadores civiles, y de las normas que regulan las pensiones de alto riesgo.

- **RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS AVIADORES CIVILES.** Para decidir la controversia el Tribunal seguirá el criterio que ha venido expresando en providencias anteriores sobre la aplicación del Acto Legislativo 1 de 2005¹.

Según dicho criterio los regímenes especiales en materia pensional fueron terminados por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Por ello las pensiones especiales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, y solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el régimen especial estipulaba para causar la pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no se podía derogar por normas posteriores.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, encuentra el Tribunal que el artículo 3 del Decreto 1282 de 1994 estableció dos formas de acceso a la pensión especial de aviadores:

- (i) Mediante transición normativa estos servidores podían reclamar pensión especial con los requisitos del Decreto 60 de 1973², siempre y cuando para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 40 años de edad y 10 años de servicios, condiciones que no fueron cumplidas por HERNANDO ALONSO BEDOYA VALENCIA, pues para

¹ Providencia del 26 junio 2012, Exp. 04 2012 00059 01 de Lucila León Gómez contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 29 de agosto de 2012, Exp. 09 2011 00774 01 de Mariana Sánchez González contra la ETB MP DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN; Providencia del 18 septiembre 2012, Exp. 24 2011 00872 01 de Diógenes Duarte Fuentes contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 14 febrero 2017, Exp. 04 2015 00988 01 de Aura Marleny Fonseca contra la UGPP, MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

² “[A] cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes al CAXDAC” (artículo 4 del Decreto 1282 de 1994).

la fecha referida tenía 26 años de edad (nació el 1° de noviembre de 1967 conforme se observa en la historia laboral aportada por COLPENSIONES) y no se demostraron tiempos de cotización o de servicios con anterioridad al 1° de abril de 1994. En la historia laboral actualizada de COLPENSIONES que aportó la parte actora consta que la afiliación se realizó el 13 de mayo de 1994 (ver folios 80 a 83), y si bien en el escrito de demanda y en los alegatos de conclusión se afirmó la prestación de servicios para la Fuerza Aérea de Colombia y que efectuó cotizaciones a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores "ACDAC" CAXDAC, no se aportaron pruebas que así lo demostraran para poder analizar si con dichos tiempos se cumplían los requisitos antes referidos³.

(ii) Y para los afiliados a CAXDAC que no se beneficiaron de dicho régimen de transición, el artículo 6° de la misma normatividad (Decreto 1282 de 1994) estableció el acceso a la pensión especial de aviadores completando el tiempo de cotización establecido para las pensiones de vejez en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 del 1993, una vez se cumplieran 55 años de edad. Este último requisito podía reducirse un año por cada sesenta (60) semanas de cotización o de servicios prestados adicionales a las semanas mínimas, sin que pudiera reducirse a menos de 50 años. Cabe advertir, que la densidad mínima a la que se refiere la norma fue modificada por la Ley 797 de 2003⁴, de lo cual surgen dos interpretaciones posibles: entender que la reducción de la edad procede a partir de 1000 semanas como decía el texto original de los artículos 33 y 34 de la ley 100, o entender que la reducción de la edad procede a partir del mínimo de semanas que regula la Ley 797. Dicha discusión fue zanjada por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2011 en la cual se acogió la segunda interpretación referida, de lo cual resulta como mínimo de semanas a partir del cual se aplica la reducción en la edad, el número que regula la Ley 797 de

³ Los expedientes administrativos que aportó COLPENSIONES al plenario corresponden a otros afiliados: Jose Fernando Ordóñez Calero y Reinaldo Carvajal Ibáñez (CD's 2 y 3).

⁴ Cabe advertir, que pese a que en la norma se señalan la densidad de semanas mínimas para acceder al derecho 1000, dicha densidad fue modificada por la Ley 797 de 2003.

2003. Estas condiciones tampoco fueron cumplidas por el demandante antes del 31 de julio de 2010, momento en el que las pensiones especiales perdieron vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005⁵, pues además de que se afilió el 13 de mayo de 1994 al Sistema General de Pensiones administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES⁶, sólo tenía para ese momento 255.92 semanas de cotización y 42 años de edad, según se observa en la historia laboral actualizada de COLPENSIONES que aportó la parte demandante al plenario (ver folios 80 a 83).

• **PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO.** Para definir si procede el reconocimiento de la pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo para la salud, se debe advertir que las normas que regulan la materia (Decreto 780 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003) definen como actividades de alto riesgo, entre otras, las que realicen “[t]rabajos con exposición a radiaciones ionizantes”, y las actividades que se realicen “[e]n la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil”.

En cada una de estas normas (Decreto 780 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003) se establecen escenarios que permiten anticipar o disminuir el requisito de edad para causar la pensión de los trabajadores que asumen un riesgo adicional en su salud por las condiciones en que deben

⁵ se debe advertir de todas formas que sobre la extinción de los regímenes especiales por la vigencia del Acto Legislativo resulta particularmente claro el texto del párrafo 2º transitorio de dicha enmienda constitucional, al disponer que: “la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”

⁶ El artículo 8 de la Ley 1282 de 1994 establece que los aviadores que ingresen al Sistema General de Pensiones con posterioridad al 1º de abril de 1994, se regirán por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.

desarrollar el trabajo, con lo cual se limita en el tiempo la exposición a las sustancias o actividades que les son perjudiciales. Para sufragar los costos que implica el anticipo de estas pensiones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

Bajo esta regulación, a este proceso judicial que pretende el anticipo de la prestación se debió aportar prueba suficiente del desempeño de la actividad de técnico aeronáutico con funciones de controlador de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, o de exposición a un riesgo en la salud por la exposición a sustancias peligrosas para lo cual la evidencia debe demostrar que la sustancia es peligrosa y que el trabajador estuvo expuesto a ella en su sitio *específico* de trabajo.

Sobre esto último, el Decreto 2090 de 2003 estableció los criterios que se deben seguir para determinar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo. Este decreto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO) en la cual la Corte advirtió claramente que “[l]a inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”.

En este orden de ideas la evidencia aportada a un expediente para demostrar la exposición a sustancias peligrosas debe acreditar con criterios técnicos y objetivos la presencia del riesgo en la salud del trabajador en el sitio específico en el cual prestó el servicio. La carga de aportar dicha prueba la tiene quien reclama las consecuencias jurídicas del riesgo, es decir la parte demandante, en los términos del artículo 167 del CGP.

Con estas reglas y una vez estudiado el expediente la Sala no encuentra evidencia de que el actor hubiera laborado con exposición a *radiaciones ionizantes* en los sitios en los que trabajó, ni que hubiese desempeñado la *actividad de técnico aeronáutico con funciones de controladores de tránsito aéreo*. Las certificaciones aportadas al plenario dan cuenta de que se desempeña como CAPITAN de vuelo desde el 1° de octubre de 2010 (ver certificación emitida por la Dirección de Recursos Humanos de Aerovías de Integración Regional S.A. AIRES S.A., LATAM Airlines Colombia S.A. – folio 13), y ninguna evidencia se allegó sobre exposición a sustancias *peligrosas* en el sitio específico de trabajo.

Se confirmara entonces la sentencia apelada que llegó a igual conclusión advirtiendo que la sentencia C-093 de 2017 -cuya aplicación reclama la parte actora- la Corte se inhibió de pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1° y 2° del Decreto 2090 de 2003, norma que define las actividades de alto riesgo, porque –entre otras razones- no encontró conclusivos elementos probatorios suficientes para concluir que los aviadores se encuentren expuestos a niveles de *radiación ionizante* que superen los estándares generalmente aceptados.

SIN COSTAS en la CONSULTA.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ANA LUCIA CONTRERAS CONTRA
INTERSIGLO 21 SAS, LILY MARITZA BOHORQUEZ DE BELTRAN Y
DORA PATRICIA BELTRAN URIBE.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de DORA PATRICIA BELTRAN URIBE contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2021, mediante la cual declaró un contrato de trabajo realidad entre la demandante ANA LUCIA CONTRERAS y DORA PATRICIA BELTRAN URIBE a partir del 3 de enero de 1990, el cual se encuentra vigente, y se condenó al pago de diferencias salariales con el salario mínimo y al ajuste de los derechos causados con posterioridad al 7 de diciembre de 2013 por prescripción.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA LUCIA CONTRERAS presentó demanda contra LILY MARITZA BOHORQUEZ DE BELTRAN, DORA PATRICIA BELTRAN URIBE y la sociedad INTERSIGLO 21 SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo que desde el 31 de enero de 1990 que se encuentra vigente. Pide que se condene al pago de prestaciones sociales, diferencias

salariales, cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, pensión de vejez conforme lo dispuesto en la ley 100 de 1993, sanción por no consignación de cesantías, indexación, lo que se demuestre ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que fue contratada por prestación de servicios el 31 de enero de 1990 por LILY MARITZA BOHORQUEZ DE BELTRAN, para desempeñar funciones *de vigilancia y mantenimiento* del predio ubicado en las Montañitas, barrio la ESPERANZA Km 5 vía la Calera de 6:00 a.m. a 8:00 p.m., contrato que se ha prorrogado por acuerdo entre las partes. Señala que el 19 de marzo de 2004 celebró otro contrato de prestación de servicios para seguir prestando los servicios de vigilancia en los mismos términos del contrato anterior, pero con una asignación quincenal de \$150.000, y mediante *otrosí* se pactó que la actora pagaría los servicios de energía eléctrica y teléfono del predio. Señala que se suscribió un tercer contrato de prestación de servicios a partir del 1º de enero de 2010 para que la demandante continuara prestando los servicios de vigilancia y cuidado del mismo predio *“las Montañitas”* pactando como remuneración la suma de \$300.000 pesos, y además se pactó que la contratante quedaba obligada a dar en arriendo la vivienda ubicada en la entrada del predio a la demandante y que ésta pagaría \$100.000 pesos por servicios públicos, los cuales serían descontados de la remuneración mensual. Afirma que prestó sus servicios de vigilancia y cuidado del predio (Ver demanda en las páginas 3 a 23 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por LILY MARITZA BOHORQUEZ DE BELTRAN Y DORA PATRICIA BELTRAN URIBE, mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios y no uno laboral. Afirma que DORA PATRICIA BELTRAN URIBE no firmó contrato con la demandante, que la labores que desarrollaba en el predio en mención las ejecutaba sin cumplir horario ni estaba sujeta a subordinación, y que la actora suscribió un

contrato de prestación de servicios no subordinados. Aceptó que la actora se encargaba de la vigilancia del predio “*las Montañitas*” pero tenía autonomía para cumplir sus obligaciones, no recibía órdenes de ninguna persona, y podía ausentarse del predio cuando lo considerara necesario y realizar otras actividades, siempre y cuando no interfirieran con sus obligaciones. Propuso como excepciones *prescripción, inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, pago de lo debido, no configuración del derecho al pago de la indexación ni de ninguna nivelación salarial, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de ninguna indemnización, buena fe y ausencia de buena fe en la demandante* (ver contestación en las páginas 1 a 15 del archivo No. 3 del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la sociedad INTERSIGLO21 SAS, mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones con fundamento en que ha actuado como intermediaria y administradora de los inmuebles de la señora DORA PATRICIA BELTRAN URIBE, propietaria del predio denominado “*las Montañitas*”. Afirma que por solicitud verbal de la propietaria se suscribió el contrato de prestación de servicios con la demandante a partir del 1º de enero de 2010, para que cuidara el predio en mención no permitiera el ingreso de personas extrañas y evitara que se talarán árboles o se llevarán rocas. Aclara que en el contrato se dejó claro que la actora no estaba sujeta a cumplimiento de horario y podía desempeñar otras actividades, siempre y cuando no interfirieran en el desarrollo de las labores encomendadas, y que la actividad se realizaba de forma independiente, autónoma y sin subordinación. Propuso como excepciones las denominadas *prescripción, inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, pago de lo debido, no configuración del derecho al pago de la indexación ni de ninguna nivelación salarial, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de ninguna indemnización, buena fe y ausencia de buena fe en la demandante* (ver contestación en las páginas 1 a 19 del archivo No. 4 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de abril de 2021, en la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá declaró un contrato realidad entre la demandante y DORA PATRICIA BELTRAN URIBE a partir del desde el 31 de enero de 1990 que fue objeto de sustitución patronal y que se encuentra vigente. Condenó al pago de las diferencias salariales entre lo pagado y el salario mínimo, intereses de las cesantías y prima de servicios, y del cálculo actuarial desde el inicio laboral. Declaró probada la prescripción sobre las acreencias laborales anteriores al 7 de diciembre de 2013. Para tomar su decisión encontró demostrada la prestación personal de servicios de la demandante en favor de DORA PATRICIA URIBE en funciones de vigilancia y cuidado del predio “*las Montañitas*” adquirido por sucesión. Declaró que la demandante tiene derecho al pago de las cesantías cuándo termine el contrato, pues la relación se inició antes de la Ley 50 de 1990 y se encuentra vigente, y aclaró que por esta misma razón no había lugar a condenar por la sanción que contempla el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por mora en la consignación anual de las cesantías.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante ANA LUCÍA CONTRERAS y la demandada DORA PATRICIA BELTRÁN URIBE, existe un contrato de trabajo vigente desde el 31 de enero de 1990, en el marco del cual operó una sustitución de empleador a partir del momento que es adjudicado el inmueble en el que labora en la accionante, vínculo que existe permanece a la fecha vigente pues no sé evidencia su terminación. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada DORA PATRICIA BELTRÁN URIBE a pagarle a la demandante Ana Lucía Contreras las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: A. \$35.019.873 pesos por salarios insolutos. B. \$744.544 pesos por intereses de cesantías. C. \$5.214.179 pesos por prima de servicios. Valores los que se han relacionado que deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula. Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes

de causación del respectivo valor y como índice final el de la fecha en que se verifique que el pago por parte de la accionada, todo lo anterior en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que en este escenario las cesantías corresponden al régimen de liquidación tradicional y que deberán serles sufragadas bajo estas reglas una vez se extinga el vínculo laboral contractual por cualquier causa y en cuanto a las vacaciones que deberán ser concedidas las que se han causado a partir de enero del año 2012, en adelante en la forma que sea indicado en la parte motiva de la presente sentencia **TERCERO: DECLARAR** que la demandada **DORA PATRICIA BELTRÁN URIBE** en calidad de empleador no efectuó los aportes al Sistema General de Pensiones por el periodo laborado por la demandante **ANA LUCÍA CONTRERAS** desde del 31 de enero de 1990 inclusive a la fecha de expedición de la presente providencia y en consecuencia deberá esta demandada asumir el valor del cálculo actuarial que corresponde realizar a la administradora de pensiones que elija la accionante y a entera satisfacción de la administradora por el período comprendido entre el 31 de enero de 1990 e inclusive la fecha de expedición de esta providencia y mientras se mantenga el vínculo contractual laboral, tomando para el efecto como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente desde el inicio del vínculo contractual, esto es el 31 de enero de 1990 y hasta cuando se determine el valor del cálculo correspondiente. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada **DORA PATRICIA BELTRÁN URIBE** de las demás pretensiones formuladas en la demanda por **ANA LUCÍA CONTRERAS** por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia, igualmente se absuelve a la señora **MARITZA BOHORQUEZ DE BELTRÁN** y a la **SOCIEDAD INTER SIGLO 21 SAS** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la incoante de la acción, se reitera por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **QUINTO: EXCEPCIONES** dadas las resultas del juicio el despacho, declara probada la excepción de prescripción en la forma señalada en el acápite pertinente de la parte motiva de la presente sentencia, no probadas las excepciones respecto de las condenas infligidas y las determinaciones adoptadas y frente a las absoluciones producidas el Despacho se considera relevado del estudio de

las propuestas. SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada DORA PATRICIA BELTRÁN URIBE. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$5.000.000” (audiencia virtual, Minuto 57:42, archivo No. 7 del expediente digital)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de PATRICIA BELTRÁN URIBE afirma que no existió un contrato de trabajo sino tres contratos de prestación de servicios cuyas copias obran en el expediente, regulados por el Código Civil, que fueron suscritos de manera voluntaria y sin ninguna presión por la demandante, cumplieron con los requisitos legales y se caracterizan por la ausencia del elemento subordinación sobre el cual no se aportó prueba alguna al proceso. Afirma que la persona sobre la cual se dictó condena en este proceso reside hace muchos años en la ciudad de Toronto, y que quedó desvirtuado el contrato laboral pues la demandante teniendo prohibido delegar los servicios que se le encargaron los delegó en terceras personas, obtenía créditos personales a través del recibo de *codensa* del predio para comprar electrodomésticos, pagaba los servicios, situaciones que desvirtúan el contrato de trabajo (Audiencia virtual¹, HORA: 1 MIN 03:29, archivo No. 7 del expediente digital).

¹ *Sí señor Juez, con el respeto acostumbrado le manifiesto se interpongo el recurso de apelación para ante la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra la sentencia que usted acaba de dictar en esta audiencia, mediante la cual dispuso condenar a la señora Doña, Dora Patricia Beltrán Uribe a el reconocimiento y pago de las condenas que usted acaba de proferir y al reconocimiento y pago del cálculo actuarial que elabore la administradora que la señora demandante elija. El recurso de apelación que se presenta, tiene fundamento en los siguientes puntos señor Juez, el primero, la finalidad, se persigue con este recurso que se revoque en forma parcial la sentencia impugnada y en su lugar se absuelva a la señora Dora Patricia Beltrán Uribe de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; el segundo punto en el que sustentó este recurso es las situaciones de orden fáctico de la demandada, ya el señor Juez hizo alusión en forma clara y precisa a los tres contratos de prestación de servicios que obran en el informativo, pero esos contratos están regulados por el Código Civil, cumplen con las características establecidas por la ley para este tipo de acuerdos y consideramos que se caracterizan y diferencian de un contrato laboral básicamente por la ausencia del elemento subordinación y es que la ejecución y desarrollo del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, en este caso la señora Dora Patricia Beltrán, como intermediaria de la sociedad Intersiglo21 S.A.S, no se presentó en nuestro concepto el elemento de subordinación que la ley consagra como cierre, abro comillas señor Juez “como la continuada subordinación o dependencia del*

trabajador respecto al empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, lo cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, no hay ninguna prueba a nuestro concepto señor Juez que acredite que la señora demandante recibía órdenes e instrucciones de la señora Dora Patricia Beltrán Uribe, es solamente las afirmaciones de la demandante y que en nuestro concepto y con el respeto que me merece Doña Ana Lucía considera equivocadamente que son órdenes, como lo dijo al absolver el interrogatorio de parte, en el sentido de que se le ordenaba, que se lo ordenaba cuando iban a visitar la finca, cuando iban los del Acueducto, cuando iban personas a mirar los Linderos, que ella tenía que mostrar la finca y indicar donde quedaban los mejores de la misma y que de la señora Dora Patricia Beltrán Uribe, cuando firmaron el segundo contrato, que ella le dijo que podía retirarse la finca y que no tenía que estar pendiente de la finca, que no fueran a invadir, que no fueran a dañar la cerca. Consideramos señor juez que Doña Ana Lucía determina como órdenes, simplemente son o forman parte de las obligaciones que ella tenía como contratista, además los testigos, entre ellos el señor de Jorge Eliécer, Jorge Enrique Urquijo, testigo de la parte actora, cuando el Despacho le pregunta si alguna persona puntualmente le ha impartido alguna orden o instrucción a la demandante para ese cuidado de la finca, que usted haya visto, le insiste el señor Juez, la respuesta fue "que yo haya visto no, pero ella sí nos ha comunicado que siempre habido una instrucción de que tiene que estar pendiente del finca, que hay que hacer una ronda cada tercer día y en igual sentido de vaguedad o imprecisión declaró el testigo Alvercio Velandia, quién dijo que sí que veía que definitivamente la demandante recibía instrucciones porque en alguna ocasión necesitaron una ayuda para arreglar una carretera y que ella dijo que tenía que hablar con los patrones, no pudo haber continuada subordinación o dependencia señor Juez entonces ni recibo de órdenes e instrucciones impartidas por la señora Dora Patricia Beltrán Uribe, pues cómo quedó acreditado en el informativo ella reside hace muchos años, desde hace muchos años en la ciudad de Toronto, en Canadá y por supuesto Doña Yamile, por ejemplo, la representante legal de Intersiglo dijo que la había visto una sola vez, como otro punto señor Juez, en los contratos de prestación de servicios se prohibió expresamente a la contratista delegar los servicios que se le encargaron, asunto que a nuestro concepto no cumplió la demandante y que desvirtúa la naturaleza laboral del contrato que el señor Juez considera que es de índole laboral, pues tanto la señora Ana Lucía, como los testigos cuya declaración ella solicitó recibir, afirmaron que cuando ella se ausentaba dejaba la finca al cuidado de su esposo cuando él vivía o al cuidado de sus hijos o al cuidado de los, de los vecinos. Otra cosa la demandante no siempre desarrolló en nuestro concepto señor Juez sus actividades encomendadas de forma personal, lo que confirma una de las características del contrato de prestación de servicios y desvirtúa la naturaleza de una relación laboral y cómo último punto pues en el contrato firmado el primero de enero del 2010 se autorizó a la contratista a ejercer otras actividades, siempre y cuando estas no interfirieran en las actividades de cuidado de la finca y se estableció que la señora demandante no estaba sometida a horario algo. Como tercer punto de fundamento de la apelación señor Juez, entonces está, estos argumentos que acabo de exponer qué son los que constituyen el motivo de inconformidad con la sentencia objeto del recurso de alzada. El cuarto punto que fundamenta el recurso de que se interpone es el marco jurídico aplicable, estamos muy de acuerdo con el Despacho en el sentido de que aquí hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, el 23 como lo señaló el señor Juez claramente establece tres elementos para que haya contrato de trabajo, consideramos que uno está completamente ausente, que es el elemento subordinación y hay otro la prestación personal del servicio, porque si bien es cierto durante la mayor parte del tiempo, la señora Ana Lucía ejerció las labores para las que fue contratada, pues en algunos casos dejaba la finca al cuidado de otras, de otras personas, además ella solicitaba créditos con el recibo de codensa, sacaba electrodomésticos, pagaba los servicios, se presentaba las instalaciones de Intersiglo por lo menos una vez al mes, sin que estuviera sometida a ninguna orden que tenía que llegar a esta empresa en determinado, en determinado tiempo, así también señor Juez consideramos que los contratos suscritos por la señora Ana Lucía Contreras lo fueron de forma voluntaria y sin presiones de ninguna índole, no obstante, los comentarios personales sesgados e inexactos de la testigo Omaira Sepúlveda Hernández y de la prohibición del señor Juez para que la demandante respondiera si los contratos fueron suscritos de manera voluntaria y sin ninguna presión. Por lo tanto, señor Juez consideramos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia se centra en definir si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo, y consecuentemente si procede o no el pago de las acreencias laborales ordenadas en primera instancia.

Para resolverla son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”; disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP

que se desvirtuó con todas estas asuntos que se probaron en el expediente o en el proceso mejor, que no hay o no reviste ese contrato suscrito con la señora Dora Patricia no reviste naturaleza laboral. Como quinto y último punto señor Juez es la petición, entonces de conformidad con todo lo expuesto que consideramos tiene pleno respaldo probatorio en el expediente y total fundamento legal y jurisprudencial, se solicita a los magistrados, a los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial la revocatoria, la revocatoria, la revocatoria de los puntos o de los numerales primero, segundo, tercero de la sentencia objeto de esta apelación y la confirmación de los demás puntos de la misma. Gracias señor Juez.

excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Por ello en materia laboral, probada la prestación de un servicio personal, se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir, se presume que se prestó de manera subordinada, y corresponderá al demandado desvirtuar este elemento para lo cual tiene la carga de aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales se pueda concluir que la actividad del demandante se desarrolló con *autonomía técnica y directiva*.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal encuentra prueba clara de una relación de servicios personales desarrollada por ANA LUCIA CONTRERAS en favor de DORA PATRICIA BELTRAN URIBE, para cumplir funciones de *vigilancia, mantenimiento y cuidado del predio “las Montañitas”*, desde el 31 de enero de 1990.

La evidencia se obtiene de los contratos de prestación de servicios aportados al proceso, y de las declaraciones testimoniales rendidas durante el juicio.

Sobre la prestación del servicio declaró la Representante Legal de la sociedad INTERSIGLO21 SAS, LUZ YAMILE CASTRO (Audio 2 – Minuto 10:38) quien indicó que dicha sociedad administraba los inmuebles de la señora MARÍA STELLA BELTRAN, que la actora presta los servicios de cuidado y mantenimiento de la finca *“Montañitas hace más de 20 años”* y debe cuidar y prevenir que el predio sea invadido por terceras personas o utilizado para botar escombros, y que por dicha labor se le pagan \$412.000 mensuales los primeros 10 días de cada mes y que de la retribución se le descuentan \$112.000 por arriendo de la casa que habita. Afirmó que quien encargó dichas gestiones y da las instrucciones de pago es la propietaria del inmueble. Refirió que el contrato de prestación de servicios suscrito en enero de 2010 se realizó en aras de *“mejorarle las condiciones a la demandante”*, y dilucidó que la demandada DORA PATRICIA BELTRAN recibió el inmueble

las *Montañitas* por sucesión y lo vendió a Inversiones KEN reservándose el usufructo.

La manifestación anterior se corrobora con las declaraciones de JORGE ENRIQUE URQUIJO (audio 2 Hora 1 Minuto 12:35), OMAIRA SEPULVEDA, (audio 2 Hora 1 Minuto 23:10), ALBERCIO VELANDIA, (audio 2 Hora 1 Minuto 39:30), JORGE ELIECER GARCÍA (audio 2 Hora 2 Minuto 06:36) y EDRWIN ALEJANDRO MONTEJO (audio 2 Hora 2 Minuto 17:38), quienes señalaron que la demandante trabaja y vive en la finca las Montañitas, que sus funciones son cuidar la finca, vigilar que no se talen árboles, que no se invadan los predios, realizar la ronda a la finca, poner troncos estilo cerca para evitar invasiones, etc. Al primer testigo le constan las funciones porque él y su esposa han acompañado al demandante a realizar las rondas en la finca pues han sido objeto de amenazas por quienes quieren invadir los predios. La segunda testigo señaló que le consta que la demandante labora allí porque hace 23 años vive al frente de la finca Montañitas y saber que la actora permanece en la finca y sólo se ausenta para ir al médico. El tercer testigo señaló que conoce a la demandante hace 30 años como la vigilante de la finca lo que le consta porque ha ayudado a hacer cercas del predio, y aseveró que cualquier decisión que se toma en la finca la actora debía consultarla con “los patrones”. El cuarto testigo -llamado por la parte demandada- indicó conocer a la demandante en esa finca hacia el año 2013, y le consta lo afirmado porque a él lo contrató la familia Beltrán tuvo para que hiciera reconocimientos topográficos en la finca.

Probada la prestación de servicios personales operó la presunción de *subordinación*, que la demandada no logró desvirtuar.

No resultan útiles para este efecto los testimonios de DORA CRISTINA CÁRDENAS -testigo de oídas- (audio 2 Minuto 60:30), y de DORALBA ALFONSO SALGADO –quien dijo no saber ni constarle nada sobre subordinación o autonomía- (audio 2 Hora 1 Minuto 50:23).

Tampoco sirven para el efecto por falta de pertinencia los recibos de pago de la empresa *Codensa* aportados en la contestación de la demanda (Ver páginas 267 y 268 del archivo No. 1 del expediente digital), ni las afirmaciones de la apoderada en los alegatos de conclusión sobre las ausencias de la demandante pues quedó claro que esa situación era esporádica o eventual (para ir a citas médicas) y por la misma razón la presencia de su hijo no desvirtúa la prestación personal del servicio. Tampoco desvirtúa la existencia del contrato el hecho probado de que DORA PATRICIA BELTRAN URIBE viva fuera del país (en Toronto Canadá) pues se probó que la sociedad INTERSIGLO XXI quien impartía las instrucciones y remuneraba la labor actuaba como un simple intermediario de la demandada anunciando siempre dicha condición.

Se confirmará entonces la sentencia apelada, advirtiendo para responder a los argumentos de apelación que en materia laboral por mandato del artículo 53 de la Constitución Política, desarrollado en innumerables normas legales y en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, prima la realidad sobre las formas, y al trabajador le está vedado renunciar a los derechos que puedan surgir del contrato de trabajo que *realidad* esté ejecutando.

Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo de DORA PATRICIA BELTRAN URIBE.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de DORA PATRICIA BELTRAN URIBE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SESICIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de DORA PATRICIA BELTRAN URIBE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO
CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. VOCERA Y
ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES
DE CAPRECOM LIQUIDADO.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de marzo de 2021, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas por la demandante orientadas a declarar un contrato de trabajo realidad y el pago de prestaciones legales y extralegales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO presentó demanda contra la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A- VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de junio de 2015 y el 31 de enero de 2016 como trabajadora oficial y beneficiaria de la convención colectiva celebrada entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM, en el cual el empleador omitió el cumplimiento de sus

obligaciones. Pide que se condene al pago del auxilio de cesantías, vacaciones legales y de orden convencional, prima de junio, prima de navidad, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte, prima de retiro, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización artículo 239 del CST, pago de licencia de maternidad por 18 semanas, indexación, reembolso de los aportes a la seguridad social (salud y pensión), lo aparezca probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó al servicio de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN mediante contratos de prestación de servicios desde el 9 de junio de 2015 para desempeñar funciones como Tecnóloga a la Gestión Presupuestal de la Subdirección Financiera, devengando como último salario mensual \$1.861.596. Afirma que en vigencia de su contrato estuvo embarazada y dio a luz a su hija sin que CAPRECOM EICE le hubiera pagado los derechos causados durante la gestación y postparto; señala que *fue despedida el 17 de enero de 2016*”, y que durante su vinculación cumplía con horario laboral de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. (Expediente Digital folios 1 a 13).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue con testada por el PAR CAPRECOM LIQUIDADO mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones con fundamento en que la vinculación por prestación de servicios estaba facultada con la Ley 80 de 1993, y se debió efectuar debido a las restricciones presupuestales para ampliar la planta de CAPRECOM; sin embargo, aclara que la demandante no ostentó la calidad de trabajadora oficial de la entidad, ni fue sujeto de subordinación, pues las labores se realizaban con plena autonomía e independencia técnica y financiera. Propuso como *excepción falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y pago*. (Expediente Digital folios 78 a 97 y 102 a 126).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de marzo de 2021 mediante la cual

absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas. Para tomar su decisión el juez concluyó la validez del contrato de servicios suscrito con fundamento en la Ley 80 de 1993 pues no se demostró que la demandante hubiese estado sometida a continua subordinación jurídica de lo cual no son evidencia los informes de ejecución del contrato que debía presentar.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: ABSOLVER al PAR CAPRECOM liquidado, del cual es vocera y administradora LAFIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de la accionada. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR (Hora 1 min 49:48)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante afirma -en resumen- que se demostró subordinación en la relación de trabajo con los testimonios rendidos en el proceso de los cuales pide valoración¹ (Audio 2 Hora 1 min 50:54).

¹ “Muchas gracias señor Juez, estando dentro de la oportunidad procesal ,de conformidad cómo se establece el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la parte actora interpone su recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, especialmente los numerales 1 y 3 por las siguientes razones, invocamos errores de hecho y de derecho en la argumentación que se ha traído en esta oportunidad, por cuanto afirma el Despacho que la demandante era consciente de las órdenes de prestación de servicio pero ella misma no afirmó qué, pero no tuvo en cuenta el Despacho que en el interrogatorio de parte ella reconoció que ha sido contratada por una orden de prestación de servicio, pero allí mismo aclaró que ella no entendía a qué se refería la naturaleza de esta clase contractual, presupuesto que el Despacho dio por sentado pero que de la propia declaración no se lo puede traer, como rogamos al juez ad quem que revise el audio del interrogatorio de parte, se afirma que la vinculación se produjo en estado de embarazo, para la parte actora eso no tiene ninguna incidencia adversa y viable ningún principio de favorabilidad a la empresa demandada de que porque incluye una persona embarazada pueda

dar... de que entonces le está respetando sus derechos laborales, realmente eso no tiene ningún indicio ni en pro y en contra para ir a predicar la existencia de un contrato o no de trabajo, por el contrario la argumentación del Despacho resulta totalmente discriminatoria en contra de esta mujer, porque dice que como estaba embarazada y se le contrato así entonces era que no se le quería violar ningún derecho, no tiene ningún sentido esta argumentación para la parte demandante. Se dice que se le dio una inducción inicial, pero aquí pasa por alto el Despacho el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que establece que el Juez debe hacer una interpretación totalmente armónica de todos los elementos probatorios y allí entonces pasó por alto y decidió, soslayo lo que dijeron los testigos, claro la demandante afirmó que al comenzar su vínculo contractual le habían dado una inducción, que a todos nosotros nos la dan cuando uno ingresa a trabajar, hay gente que ingresa a trabajar a un juzgado de escribiente y me dicen que tengo que hacer oficios, que tengo que atender el público, que tengo que hacer esto, pero eso no significa que el Juez y el secretario durante todo el tiempo que dure mi vinculación con la rama judicial no me vuelvan a decir que tengo que atender público, que tengo que hacer oficios, que tengo que tender correspondencia, que tengo que proyectar y ayudar a presentar sentencias, no, una cosa en la capacitación inicial que se le da a uno como trabajador pero eso no escinde de que uno tenga que continuar bajo la subordinación del secretario y del Juez y en este caso señor el Juez consideró que como a la señora demandante se le dio una inducción de cómo hacer sus tareas al comienzo, jamás por demás volvió a tener una subordinación de sus superiores, aspecto que de manera alguna puede concluirse de la prueba testimonial, los testimonios fueron totalmente certeros en afirmar que desde el cumplimiento de un horario se tendría que cumplir, aspecto que no fue revisado en la sentencia, la sentencia pasa por alto que se tiene que cumplir un horario de ingreso, que se tiene que cumplir un horario de salida, que se tiene que pedir permiso, que existían jefes inmediatos no se hizo ningún argumentación respecto a esto y esto tiene que ver con la subordinación y es un error considerar que la primera inducción significa entonces que ya no hay, ya no hay más seguimiento, más cuando la propia demandante y los testigos afirmaron que entre otras de sus tareas estaba la de archivo, el Juez fue muy inquisitivo en sus preguntas a todas las partes, al preguntales que si cumplían actividades distintas a las del contrato de prestación de servicios y todos dijeron que sí y una de ellas era el archivo de todos los documentos, archivo que necesariamente tiene que hacerse en las instalaciones de la compañía y que obviamente y necesariamente tiene que atender las órdenes dadas por sus superiores, dice en otra parte de la sentencia que se considera contrató prestación de servicios porque la demandante fue consciente de la afiliación a la seguridad social, por favor, si todos los contratistas son conscientes de la prestación de la seguridad social de hecho se considera un requisito sine qua non si yo entro como contratista y digo que no pagó la seguridad social pues sencillamente no existe contrato, observa esta parte que es que el operador, el juez a quo dio toda la mayor relevancia a las formalidades de un contrato de trabajo pero pasó por alto lo que realmente se buscaba, que era desvirtuar esa, esas meras formalidades, decir que un trabajador paga la seguridad social y con ello es consciente de que tiene un contrato de trabajo, entonces cómo se explica que no cumpla con esta obligación y que mantenga un contrato no tiene ningún asidero. Que nos cobros mensuales se hicieron y que se presentaban soportes exigidos por la compañía, argumentación igual al anterior, existen firmó contrato de prestación de servicios y le imponen unas condiciones, tiene que pasar una cuenta de cobro, el hecho de que yo cumplan las obligaciones de mi jefe y de mi empresa no significa que se desvirtúe la existencia un contrato de trabajo, por el contrario lo que se me hace un acto a toda la fuerza al contrato de prestación de servicios de la cual es sujeto el trabajador. Respecto de las testimoniales pues obviamente acordamos al Despacho, al Juez ad quem en esta oportunidad que se reinician a profundidad las declaraciones, pues aquí no se hizo una juiciosa argumentación de los testigos, se enunciaron dos testigos pero no se hizo la argumentación, testigos que dijeron que estaban al lado del puesto de trabajo de la demandante, testigos que dijeron que estaban en la misma oficina, testigos que dijeron que les consto, que les constaba y no hizo ninguna argumentación el Juez acerca de los elementos de trabajo, acerca del Software, acerca del Software...acerca de, de todas las condiciones que existían para poder prestar ese servicio, de que no se podría retirar y llevar el computador para la casa para prestar esos servicios, el Despacho se muele de que las dos testigas fueron, fueron a su vez ... de que la demandante fue, como, dicen que la última testigo afirmó que había sido, que entre ellas fueron testigos, aquí tenemos dos puntos importantes y es que la parte demandada no tacho a los testimonios, entonces no habría porque haber esperado esa tacha, pero claro el

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT el Tribunal debe definir si se probó o no una relación de trabajo, y consecuentemente si procede la condena al pago de las prestaciones sociales legales y extralegales solicitadas en la demanda.

Juez tiene la dirección del proceso pero en este caso también tenemos que tener en cuenta que si yo no traigo testigos que están al lado de ella trabajando, entonces cómo voy a probar los elementos esenciales de un contrato, se cae entonces en una exigencia de que es una oficina de seis personas entre todos demandaron pero entonces viene el principio de que si ellos se sirven de testigos entre ellos se pierde su credibilidad aspecto totalmente que no tiene ningún asidero porque se llevaría al trabajador a no tener ninguna posibilidad, ninguno de los seis o solamente el primero que demande, pues resulta que el primero demandó, llevó a sus seis compañeros de trabajo y demanda sus derechos negados, porque si entonces le dice al primero que vaya los cinco de testigos ya no le sirven porque entonces ya se puede considerar tachado, eso no tiene ninguna justificación porque llevaría a la negación del derecho sustantivo de los trabajadores, en la medida en que quién más que sus compañeros, a puerta cerrada, pueden dar gracia de los elementos esenciales de un contrato, no existe nadie más que lo pueda decir, en ese punto, entonces el Juez tampoco considero porque no valoró una prueba testimonial de que si se presentaban los tres elementos esenciales del contrato y entonces dice el operador judicial en primera instancia, que tener personas cumpliendo las mismas funciones de planta no es ningún indicio pero tampoco tuvo en cuenta el Despacho una tercerización de más de 3000 personas por Caprecom en la medida en que claro, no existía personal suficiente porque Caprecom lo que busco fue burlar los derechos de los trabajadores y en esa medida pues tercerizo a toda la oficina de Bogotá, pero eso no significa de ninguna manera que entonces la Ley 80 le permite ... los derechos de los, de los trabajadores y por el contrario si pasó por alto el juzgado que la señora demandante para el momento en que fue contratada no tenía estudios calificados dice en la Ley 80 que será necesario vincular personal externo cuando el personal interno no tenga la correspondiente calificación o estudios y eso sí haya de ser necesario de buscar personal externo que pueda cumplir con esas actividades, tampoco se tuvo en cuenta que el objeto social para el cual fue contratada la demandante no fue otro distinto que para cumplir el objeto social de la corporación, que era la administración del régimen subsidiado de salud en el, en el, en el régimen subsidiado de salud, entonces otro momento que tuvo el Despacho es que se trató de un solo contrato, esta argumentación ya había sido impuesta por otro juzgado, en la sentencia 032 2017 002-01 demandante Esteban Hernández Sanabria quien ese caso incluso era un abogado y demandamos a la Fiduciaria de la Previsora y el argumento de la demandada es que como era un abogado y todos los argumentos que yo aquí le sacó, entonces era supremamente calificado para conocer todos los aspectos de un contrato, sin embargo, la sala del Doctor Manuel Eduardo Serrano Baquero, la Doctora Marleny Rueda Olarte y el Doctor Carlos Andrés Vargas Castro en sentencia del día 17 de enero del año 2018 revocar la decisión del Juzgado 32 Laboral del Circuito, declararon la existencia de un único contrato de prestación de servicios por 6 meses y condenaron a todos los derechos laborales, decisión que acompañaré mis alegatos de conclusión cuando lo sustenten en su oportunidad ante el Tribunal. Así es que dejó este marco para sustentarlo ante el juez de instancia superior, para que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las súplicas declarativas y condenatorias señor Juez. Muchas gracias".

Lo primero que debe advertir la Sala para resolver la controversia, es que la relación que ejecutaron las partes NO estuvo amparada por las normas y principios del Estatuto de Contratación pública que regula la ley 80 de 1993, pues aunque CAPRECOM era una Empresa Industrial y Comercial del Estado (EICE) su estatuto de contratación definió, dentro de las posibilidades que la ley permitía, claramente, que *“La Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), en adelante Caprecom, aplicará en materia contractual las disposiciones legales y reglamentarias propias de su actividad económica y comercial, rigiéndose en consecuencia por el derecho (privado (Civil y Comercial))”*². No cabían entonces las razones de defensa que expuso la entidad, ni podía el juez con base en ellas negar las pretensiones de la demanda.

Con la precisión anterior se estudiará la existencia de un contrato de trabajo aplicando el principio constitucional del *contrato realidad*.

Para este efecto el artículo 1° de la ley 6ª de 1945 dispone la existencia de contrato de trabajo entre las entidades de la administración pública y quienes les prestan servicios personales, cuando dichos servicios se desarrollan bajo continuada dependencia o subordinación, por oposición -dice la norma- a aquellos contratos que se celebran para la ejecución de una labor determinada, *sin consideración a la persona que ha de ejecutarla, y sin que esté sujeta a horario, reglamentos o control especial del empleador*.

Con esta regla normativa y una vez revisado el expediente el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues encuentra prueba clara de los elementos del contrato de trabajo con la entidad pública. El *servicio personal* se acreditó con las copias de la orden de prestación de servicios No. 0473 de 2015 anexada al expediente en folios 63 a 66, documento del cual se evidencia además que si bien desde el punto de vista formal las partes acordaron contratos de prestación de servicios regulados por el derecho privado según

² La Resolución 817 de 2013.

se dijo antes³ las obligaciones impuestas en el acuerdo tenían las características de una verdadera *subordinación* de la demandante frente a quien la contrató; y aun si ello no se dedujera del texto contractual, lo cierto es que los testimonios rendidos en el proceso dan cuenta clara de que la relación de servicios estuvo *sujeta a horario, reglamentos y control especial del empleador*, como dice la norma.

Esto último se deduce de las declaraciones que rindieron CLARIBEL PERALTA HERNANDEZ (Audio 2 Minuto 27:08- Ex compañera de trabajo), y LUZ ANDREA BUITRAGO (Audio 2 Minuto 47:18- Ex compañera de trabajo) quienes afirmaron que la demandante trabajó en el área de presupuesto de la entidad, que cumplía el horario dispuesto por la demandada entre las 8 a.m. a 5 p.m. y algunas veces los sábados, que seguía órdenes y cumplía sus funciones bajo la dirección de ELIANA SÁNCHEZ -jefe inmediata- quien indicaba la forma en que se debía realizar el trabajo, evaluaba los informes que presentaba la demandante y revisaba los documentos que pasaba a cartera para el pago del salario. La primera testigo aseveró que un funcionario de planta llamado “*FERNANDO COOL*” realizaba las mismas funciones y actividades que desarrollaba la demandante, relató que ésta trabajaba en las oficinas de la demandada y que tenía asignados elementos de trabajo para el efecto, usuarios y claves para ingresar al software SEVEN. La segunda testigo agregó en su declaración que le constan las funciones pues era quien se encargaba de revisar los contratos del personal y por ello conoce directamente la materia, aseguró que a la actora se le exigía el cumplimiento de horario, que la jefe inmediata exigía que se pidiera pedir permisos con anticipación incluso para citas médicas.

³ **ARTÍCULO 1o. OBJETO Y RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS.** *El presente manual integral de contratación establece los procesos y procedimientos contractuales que serán seguidos por Caprecom al interior de la entidad, para responder de una manera oportuna y eficaz con su objeto legal. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), en adelante Caprecom, aplicará en materia contractual las disposiciones legales y reglamentarias propias de su actividad económica y comercial, rigiéndose en consecuencia por el derecho privado (Civil y Comercial),*

Se demostraron entonces todos los elementos de un contrato de trabajo y que este se había pactado entre el 9 de junio de 2015 y 31 de enero de 2016.

Pero aún si no se pudiera llegar a esta conclusión por prueba directa, de todas formas, obraba en favor de la demandante la presunción legal de existencia del contrato de trabajo según lo establece el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, presunción que no fue desvirtuada por la demandada pues no allegó prueba de la cual se pudiera concluir válidamente que los servicios se desarrollaron con autonomía técnica y directiva, es decir, sin subordinación del contratante.

Se dictarán en consecuencia las condenas que corresponden al amparo de la Ley y de la convención colectiva de trabajo aplicable por ser el SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES- SINTRACAPRECOM mayoritario en la empresa, hecho que aceptó la demandada en la contestación a la demanda (folio 44).

Los derechos extralegales se pagarán con base en la convención vigente durante la relación (la que corresponde al periodo 2012-2013, folio 22 a 28). De ellos, la demandante tiene derecho al pago de **prima de navidad** según el artículo 50 de la convención, que equivale a 15 días de salario; a **prima de vacaciones** según el artículo 52 por 15 días de salario adicionales; y a **prima convencional de retiro**, equivalente a dos salarios mensuales según el artículo 58 de la misma convención⁴.

Efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes (que obran en un cuadro que se adjunta) se obtienen los siguientes valores: por cesantías \$1.401.535,78; por intereses cesantías \$108.852; por primas de servicios

⁴ No se causaron en favor del actor: i) la prima de junio convencional (artículo 49) pues ANDREA JOHANNA QUINTERO trabajó hasta el mes de enero; ii) prima de servicios (artículos 49 y 50); iii) auxilio convencional de transporte (artículo 47) pues la remite a la Ley y este beneficio corre para trabajadores que devenguen menos de dos salarios mínimos, y la demandante recibía \$1.861.596 (folio 64); IV) la bonificación de recreación (artículo 64), pues esta se causa con ocasión al disfrute de las vacaciones y la actora no gozó durante la relación de estas; v) ni aportes educativos pues aunque la actora tuvo una hija no se acreditó que estuviera estudiando, requisitos para obtenerlo según el artículo 39.

\$1.199.695; por vacaciones \$602.433; por prima de navidad convencional \$1.282.433; por prima de vacaciones convencional \$602.433; y por prima de retiro convencional la suma de \$3.723.192. Para un total de \$ 8.920.573.

Asimismo, se ordenará el pago de los aportes al sistema de seguridad social en los términos de los artículos 17 y 161 de la Ley 100 de 1993 que disponen la obligación para el empleador la obligación de afiliar y pagar la parte que le corresponde de los aportes a salud y pensión de sus trabajadores. Con base en esta norma, cuando la trabajadora hace el pago de la totalidad del aporte, tiene derecho a obtener del empleador la devolución de la proporción de los pagos que a él le correspondía pagar, con base en los salarios devengados en cada anualidad

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Días trabajados	Salario	Auxilio de cesantía	Intereses Cesantías	Prima Legal	Vacaciones	Prima Navidad Convencional	Prima de Vacaciones Convencional	Prima de retiro Convencional
2015 y 2016	233	\$ 1.596.700	\$ 1.401.535	\$108.852	\$1.199.695	\$ 602.433	\$1.282.433	\$ 602.433	\$ 3.723.192

Igualmente, se condenará al pago de SANCION MORATORIA.

Para este efecto los artículos 1° del Decreto 797 de 1949 y 52 del decreto 2127 1945 establecen la continuidad de las obligaciones del empleador oficial cuando han transcurrido 90 días desde la terminación del contrato de trabajo sin que haya pagado los salarios, las prestaciones o las indemnizaciones causadas en favor del trabajador. Ello implica en la práctica -y así lo ha entendido la jurisprudencia- el pago de un día de salario por cada día de retardo trascurrido desde el día 90 de terminación del contrato.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta sanción no se puede imponer de forma inexorable y automática frente a la falta de pago, pues bien puede el empleador haber obrado con buena fe, ésta situación se debe demostrar en el proceso y solo podría derivarse: i) del entendimiento plausible -es decir con razón válidas- en la entidad oficial

empleadora de no estar obligada a pagar los valores que se deducen en su contra en un proceso judicial; o (ii) de la imposibilidad que tenía la entidad empleadora de efectuar los pagos al momento de terminar el contrato de trabajo, por fuerza mayor o por otras razones que con similares características le hicieran imposible efectuar los pagos.

Sobre lo primero las razones para negar el pago deben ser -en palabras de la Corte y según se dijo antes- *plausibles*, es decir suficientes para que una persona de mediano entendimiento pueda entender razonablemente que los servicios se estaban ejecutando por el servidor con *autonomía técnica y directiva* del contratista. Ninguna de las pruebas allegadas al expediente permite deducir un convencimiento razonable de ausencia de subordinación en la relación de trabajo que ejecutó ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO; por la forma como se desarrollaron los servicios, bajo clara subordinación de la demandante, no podía existir duda sobre una forma de vinculación diferente a la laboral.

Sobre lo segundo (la imposibilidad de pago de las prestaciones) reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido buena fe en las empresas que se encuentran en situación de reorganización empresarial, o en procesos de liquidación, pues en dichas circunstancias el empleador pierde autonomía para administrar sus bienes. Por ello en casos como el presente, el pago de sanción moratoria solo corre “*desde la fecha de la desvinculación del demandante hasta la fecha de culminación de la liquidación de la entidad*” (CSJ SL, 30 abr. 1998, rad. 10425, citada en la SL 8155 -2016 de la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS). Tal solución se acompasa con el criterio expuesto por la Corte Constitucional que ha considerado procedente el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por trabajadores “*desde la fecha en que sea retirado del servicio, hasta la fecha en que culmine la liquidación de la entidad demandada*” (sentencia T 360 de 2007, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA), pues -en palabras de las Corte- “*el trabajador perjudicado con la liquidación de una entidad pública o privada, sólo tiene la opción*

indemnizatoria, pero no le es dado solicitar un reintegro imposible” (sentencia T-550 del 2000, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL).

Con base en ello se condenará a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, como vocera y administradora del PAR CAPRECOM, al pago de sanción moratoria a razón de \$62.053,23⁵ pesos diarios por el tiempo que transcurra desde el 1 de mayo de 2016 (90 días después de terminada la relación de trabajo) hasta el día 27 de enero de 2017 fecha en que se firmó el acta final de liquidación de CAPRECOM. Suma que asciende a **\$14.706.608 pesos**.

No se ordenará el pago de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, pues no se demostró que el contrato de trabajo hubiera terminado por una decisión unilateral de quien fue empleador, carga que impone a la parte demandante el artículo 167 del CGP. Por el contrario, en la declaración de parte (Audio 2 MINUTO 13:39) la demandante aceptó que se retiró del lugar de trabajo porque se enfermó.

Por esta misma razón no se dictarán condenas por derechos que se pudieran haber causado causados por el *despido* estado de embarazo.

Tampoco se ordenará el pago de la licencia remunerada en la época del parto, pues se demostró que ella fue sufragada por la EPS FAMISANAR, según lo reconoció la demandante en su declaración (Audio 2 MINUTO 22:53).

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

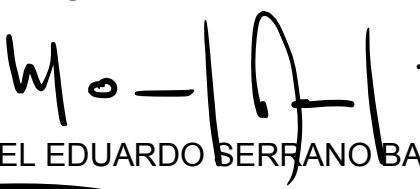
RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

⁵ Se obtuvo este valor del último salario mensual devengado, el cual fue de \$1.861.596 (folio 64)

2. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO y la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, entre el 9 de junio de 2015 y el al 31 de enero de 2016.
3. **CONDENAR** al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM FIDUCIARIA administrado por LA PREVISORA S.A a pagar a ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO \$8.920.573 por derechos laborales legales y convencionales causados durante la relación de trabajo, según se dijo en la parte motiva de esta providencia.
4. **CONDENAR** al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A a pagar a título de SANCION MORATORIA la suma de \$14.706.608 pesos en favor de ANDREA JOHANNA QUINTERO GUERRERO.
5. **CONDENAR** al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A a pagar a la demandante la proporción de los aportes que corresponden al empleador en el Sistema de Seguridad Social, durante la relación de trabajo, teniendo en cuenta como salario para los años 2015 y 2016 \$1.861.596 mensuales.
6. **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.
7. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO BERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada