REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROBINSON ALEXEI MALAGÓN MENDOZA, ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO y JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Rad. 2016 - 00486 01. Juz. 18.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ROBINSON ALEXEI MALAGÓN MENDOZA, ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO y JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA demandaron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que se profieran las declaraciones y condenas que a continuación se determinan:

ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO (fls. 11 a 14) desistió de la demanda mediante comunicación recibida vía correo electrónico el 24 de agosto del año en curso, el cual fue aceptado por auto de la fecha, donde se dispuso continuar el proceso con los otros demandantes.

ROBINSÓN ALEXEI MALAGÓN MENDOZA solicita las siguientes pretensiones (fls. 7 a 10).

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación.
- Responsabilidad solidaria.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA (fls.15 a 18).

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación.
- Responsabilidad solidaria.

- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a continuación: ROBINSÓN ALEXEI MALAGÓN MENDOZA (fl. 19 a 21) señala que entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se suscribieron contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015 para el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo y en cumplimiento de esos contratos se vinculó al demandante mediante contrato de obra o labor entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 enviado como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro Sede Principal para desempeñar el cargo de Profesional senior con funciones que corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro que no eran de carácter temporal y con un salario de $8.500.000. Señaló que Optimizar Servicios Temporales mediante comunicación escrita terminó el contrato de trabajo y no le canceló las prestaciones que reclama y una vez entró en reorganización empresarial la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reconoció dentro de sus pasivos el pago al demandante, pero no presentó fórmula de cancelación, como tampoco el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

En igual sentido manifestó la demandante JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA al indicar que fue vinculada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y enviada como trabajadora en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, indicando que se desempeñó como Profesional II con un salario de $5.200.000 desde el 4 de marzo hasta el 30 de septiembre de 2015 (fls. 21 a 27)

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad, notificadas las partes y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en reorganización empresarial (fls. 148 a 160).

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la suscripción de los contratos con el Fondo Nacional del Ahorro y la vinculación de los demandantes mediante contratos de obra o labor, así como los extremos de estos, el salario y cargos desempeñados; la existencia de la reorganización de la empresa y los créditos laborales incluidos en el proceso de reorganización.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales adeudadas y genérica.

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** del escrito visible a folios 185 a 232.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el hecho relacionado con los contratos suscritos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para suministro de personal.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia de doble reconocimiento de las obligaciones.

Las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. contestaron la demanda de la siguiente manera:

LIBERTY SEGUROS S.A. (fl. 296 a 323)

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones previas; falta de integración de litis consorcio necesario, solicitó la integración con la aseguradora CONFIANZA S.A. y como excepciones de fondo propuso; caducidad del llamamiento en garantía, prioridad en la afectación de las pólizas expedidas por la aseguradora, aplicación preferente del pago, afectación de las pólizas expedidas por CONFIANZA S.A.; recibido por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura de agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y genérica.

CONFIANZA S.A. (fls. 386 a 401).

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; improcedencia de afectación de la póliza, falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a CONFIANZA S.A., ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas, ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza y pago.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual la cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes ROBINSON ALEXEI MALAGÓN MENDOZA, ANDREA GISELA HENRNÁDEZ GUERRERO y JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENAS y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015, el 1º de junio y el 30 de septiembre de 2015 y entre el 4 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 respectivamente y condenó solidariamente a las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DE AHORRO a pagar las siguientes sumas y conceptos:

- **ROBINSON ALEXEI MALAGÓN MENDOZA** la suma de $283.333 diarios por concepto de indemnización moratoria entre el 30 de septiembre de 2015 y el 15 de febrero de 2016.
- **ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO** la suma de $173.333 diarios por concepto de indemnización moratoria entre el 30 de septiembre de 2015 y el 15 de febrero de 2016. (Desistió en esta instancia)
- **JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA** la suma de $173.333 diarios por concepto de indemnización moratoria entre el 30 de septiembre de 2015 y el 15 de febrero de 2016.

Y absolvió a las demandadas y a la llamada en garantía de las demás pretensiones. Llegó a esta determinación al encontrar probada la vinculación de los demandantes con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. conforme a las pruebas aportadas y a la aceptación al contestar la demanda. Después de analizar la contratación de los demandantes como trabajadores en misión, señaló que ellos no estuvieron vinculados por períodos superiores a los establecidos en la Ley 50/90, pero que posteriormente el Fondo Nacional del Ahorro los había contratado a través de otras empresas temporales por lo que consideró que debía responder en forma solidaria al pago de las condenas. En cuanto al pago de las acreencias laborales encontró acreditado que a la terminación del contrato por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no se realizaron oportunamente los pagos de las prestaciones sociales a los demandantes y si bien los ellos desistieron de la condena al pago de las

prestaciones sociales por haber recibido el pago, no tomó en cuenta la fecha de pago efectuado por la aseguradora CONFIANZA S.A. pues la fecha no fue acreditada en el expediente y dispuso la condena al pago de la moratoria en forma solidaria entre las demandadas en favor de cada uno de los demandantes desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de entrada en reorganización empresarial de la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. En cuanto a la póliza de Liberty Seguros S.A. indicó que no cubría indemnizaciones razón por la que no efectuó condena alguna en su contra y respecto a Seguros CONFIANZA S.A. manifestó que no procedía condena pues la póliza no tenía vigencia sino hasta el 1º de enero de 2015, esto es que no tenía cobertura para la fecha de contratación.

Recurso de apelación

Parte demandante.- La apoderada de la parte demandante interpone le recurso de apelación e indica que el Fondo Nacional del Ahorro que incumplió con la normatividad que cobija estas empresas y maneja un sistema de contratación irregular, por lo que debe declararse que la contratación no era de manera temporal sino permanente. Frente a la indemnización moratoria, argumenta que la indemnización debe tener como fecha de terminación la de liquidación de la empresa pues la iliquidez no la excluye del pago.

La parte demandada.- El FONDO NACIONAL DEL AHORRO solicita la modificación de la sentencia respecto a la condena al pago de la moratoria, pues considera que en relación a la solidaridad la Corte ha manifestado que entre las empresas usuarias y las temporales solo se predica la moratoria cuando la contratación es ilegal y que la ilegalidad se da cuando se contrata con una empresa no autorizada o cuando se desbordan los límites establecidos en la ley, lo que no ocurre en éste caso ya que no se probó la existencia de la contratación durante otros periodos mediante empresas distintas y la sentencia no está en concordancia con los hechos y pretensiones de la demanda, que son los que se debaten en el proceso.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Requiere el Fondo Nacional del Ahorro se revoque parcialmente la sentencia en los numerales 4, 5, 6, y 10 y se absuelva a esta de todas las pretensiones, debido a que el único responsable del pago de las obligaciones contractuales de los actores es Optimizar Servicios temporales, empresa con la cual se tenía una relación comercial de prestación de servicios de trabajadores en misión conforme a la ley, y de la cual no existe solidaridad en la responsabilidad. Manifiesta que el yerro de la sentencia consiste en que el Juez a pesar de haber encontrado probada la existencia de los contratos de trabajo entre los actores y la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A., como lo declaró en los numerales uno a tres de la parte resolutiva de la sentencia, condenó solidariamente a su representada al pago de la sanción moratoria, por lo que al ser el verdadero empleador la empresa de servicios temporales, es a esta únicamente a quien le corresponde asumir el pago de la sanción moratoria por no cancelar a tiempo los salarios y prestaciones de sus trabajadores, tal y como se desprende del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Señala que el parágrafo 1° del artículo 20 del Decreto 4369 de 2006 que contempla la solidaridad entre las empresas usuarias y las Empresas de Servicios Temporales, establece que esta se presenta cuando el suministro de personal se realiza de forma ilegal, de lo que se desprende que existe solidaridad entre las Empresas de Servicios Temporales y las usuarias únicamente cuando se acredita la ilegalidad en la contratación lo que sucede solo cuando se contrate el servicio con una empresa no autorizada por el Ministerio de trabajo o cuando se desborden los límites temporales establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* las cuales se analizan de manera conjunta conforme a los argumentos expuestos.

De la Contratación con E.S.T.

La parte demandante considera que el Fondo Nacional del Ahorro incumplió con la normatividad que cobija estas empresas y maneja un sistema de contratación irregular, ya que la contratación no era de manera temporal sino permanente; mientras que la parte demandada manifiesta que la contratación cumplió los requisitos para vincular a los trabajadores mediante la E.S.T. y por ello no procedía la solidaridad respecto de la condena decretada en la sentencia.

De acuerdo con la demandada, la pretensión principal era la declaratoria de la existencia de un contrato realidad con la EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES o en subsidio con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, declarando que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. es una simple intermediaria y como consecuencia se condene al pago de la indemnización moratoria, toda vez que los demandantes desistieron en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. realizada el 8 de agosto de 2019 (minuto 24.40) del pago de las acreencias laborales que se reclamaban en la demanda por haber recibido su pago por parte de CONFIANZA S.A.

Así las cosas, se analizará si es legal la contratación de los demandantes, para lo que en primer lugar se ha de tener en cuenta que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, establece que:

> *"Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador". Las empresas usuarias únicamente pueden contratar trabajadores en misión por medio de las empresas de servicios temporales, conforme con el artículo 77 de la citada Ley, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más*."

En igual forma el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 dispone:

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

originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

Es de resaltar que en el evento de encontrase que no se cumplen los requisitos de las normas que rigen este tipo de contratos, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio bajo el entendido de que es la verdadera empleadora y la empresa de servicios temporales es una simple intermediaria, lo que trae como consecuencia que deban responder solidariamente por el pago de los derechos laborales de los trabajadores enviados en misión.

En el caso en estudio no fueron objeto de controversia los extremos de la relación laboral de cada uno de los demandantes tal y como fue declarado en la sentencia recurrida, y en consecuencia tenemos que los demandantes estuvieron vinculados a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y que prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de la siguiente manera:

- ROBINSON ALEXEI MALGÓN MENDOZA entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 (6 meses 6 días).
- ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO (desistió del proceso en esta instancia).
- JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA entre el 4 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 (6 meses 26 días).

De lo anterior se concluye que la contratación de ninguno de los demandantes superó el término en las normas citadas, pues no superaron los seis meses prorrogables por 6 meses más (12 meses), por lo que este requisito se encuentra cumplido. En este caso, para imponer la condena al pago de la indemnización moratoria en forma solidaria el A quo consideró que los trabajadores habían sido contratados a través de otras temporales para lo que se tendrá en cuenta en primer lugar que ello no fue indicado en los hechos y las pretensiones de la demanda (fls.7 a 27), donde no se manifestó vinculación posterior por parte de ninguno de los demandantes.

Por otra parte, los demandantes en los interrogatorios de parte manifestaron que sus vinculaciones habían iniciado así: con ROBINSON ALEXEI MALAGÓN MENDOZA entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015 y con JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA entre el 4 de marzo y el 30 de septiembre de 2015, y si bien indicaron que actualmente se encuentran vinculados con el Fondo Nacional del Ahorro a través de otra temporal, lo cierto es que nada dijeron en relación con la continuidad ni la misma labor desempeñada.

La testigo **ADRIANA CALLEJAS** manifestó ser profesional senior en el Fondo Nacional del Ahorro, dijo conocer a JENNY LÓPEZ, que prestó servicios entre mayo y septiembre del año 2015, que tenía un carné que decía trabajador en misión y laboraban en el mismo piso, pero en otro grupo y que se encuentra actualmente vinculada a través de una empresa temporal, pero no conoce los contratos. Dice que ella realizaba actividades en gestión tecnológica, que son actividades que aún se ejecutan en la oficina de informática y que continuaba con otro contrato en la temporal, pero no conoce el contrato de Jenny.

El testigo **ENRIQUE ARRAZOLA** manifestó ser ingeniero de sistemas del Fondo Nacional del Ahorro como trabajador oficial hace 20 años, conoce a la demandante por ser compañeros de trabajo desde junio de 2015, no conoce la fecha en que terminó la vinculación, dice que ella estaba vinculada a través de temporales, que lo sabe por ser compañeros de trabajo, pero no vio o leyó los contratos y no conoce el tipo de contrato que ella tenía. Que de planta solo esta él en el grupo de Informática como especialista en seguridad de informática. Indica que al principio la demandante estuvo en seguridad de

información y ahora está en controles de informática a nivel de la plataforma, funciones que se requieren durante todo el año en el Fondo Nacional del Ahorro.

Acorde con lo indicado por los testigos se analizará si la contratación cumplió con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, esto es, que esta contratación procede "*cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo".*

En relación con las labores que desempeñaban los demandantes que fueron aceptadas por la E.S.T., si bien es cierto no figuran en la planta del FNA, es necesario señalar que el FNA es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente , que tiene como objeto administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social. Entre sus funciones se encuentran las de *"a) Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes: b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantías a los afiliados; c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales y para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda."*

Las demandadas suscribieron los contratos No. 275 de 2014 y el contrato 147 de 2015 que tenían como objeto la "PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, QUE SUMINISTRE PERSONAL EN MISIÓN QUE PERMITA CUBRIR LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA 2015-2019"; contrataciones que abarcan aspectos propios del objeto misional de la entidad.

Así las cosas, se tiene que los demandantes realizaron actividades normales y habituales de la empresa usuaria, en los cargos de Profesional Senior y Profesional II de conformidad con los contratos de trabajo por duración de obra o labor determinada para personal en misión (fls. 161 a 167) y los testimonios, para realizar las actividades operativas y administrativas, bajo la subordinación de la empresa usuaria y que corresponden a las actividades normales del FNA, esto por cuanto fueron vinculados dentro del programa de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el Plan Nacional De Desarrollo y la Planeación Estratégica 2015-2019, lo que no encuadra dentro de las causas para contratación de servicios temporales que se establecen en el citado artículo.

Por lo anterior, es de recibo lo manifestado por la recurrente, pues si bien en este específico asunto no se superó el término de vinculación establecido en las normas antes citadas, lo cierto es que se vinculó personal por intermedio de la EST para satisfacer una necesidad propia del FNA, la que sin duda alguna, se requiere para dar cumplimiento a su objeto y al plan de expansión por lo que no son extrañas al giro ordinario de sus negocios, y contaría abiertamente el fin de las empresas de servicios temporales y lo dispuesto en el Decreto 4369/06 Artículo 6º que dispone que *"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo,"* y el artículo mencionado señala que el trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración *que "se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador".*

Las E.S.T. no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal que se requiere de carácter permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la Ley y en consecuencia se confirma la decisión de primera instancia en relación con la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de empresa usuaria respecto de las condenas impuestas a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

Indemnización moratoria.

Es objeto de inconformidad por ambas partes. La demandante por considerar que la moratoria debe ir hasta la liquidación del OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y la parte demandada por considerar que el parágrafo 1º del artículo 20 del Decreto 4369 de 2006 solo procede cuando el suministro de personal se realiza en forma ilegal.

En este punto y en relación con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, quedó claro que la contratación no cumplió con los requisitos de las normas que rigen la contratación de servicios temporales y por lo tanto la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria debe ser cancelada en forma solidaria.

Ahora, respecto de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES es necesario mencionar que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores de las empresas en reorganización, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Es de tener en cuenta que para empezar el proceso de reorganización, la empresa debe presentar ante la Superintendencia de Sociedades los estados financieros básicos y el inventario de activos y pasivos con memoria explicativa de las causas de la insolvencia y flujo de caja para pagar y en el auto de iniciación de la reorganización se emiten órdenes para el deudor y se nombra un promotor quien será el encargado de adelantar las negociaciones, por lo que no pude considerarse que la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES conservó disponibilidad sobre los dineros para ordenar el pago de los salarios y prestaciones.

Además, en el presente proceso se encuentra acreditado que se realizaron por parte de la demandada y por el F.N.A. todos los trámites necesarios y correspondientes para afectar las pólizas tomadas y para que la Aseguradora CONFIANZA S.A. realizara el pago de las prestaciones, razón por la que los demandantes desistieron de las pretensiones relacionadas con el pago de acreencias laborales, actuaciones que permiten concluir que actuó de buena fe y en consecuencia la moratoria solo se debe imponer hasta la admisión del proceso de reorganización, esto es:

- **ROBINSON MALAGÓN MENDOZA** la suma de $283.333 diarios desde el 30 de septiembre de 2015 y el 15 de febrero de 2016, para un total de $38.249.955.
- **ANDREA GISELA HERNÁNDEZ GUERRERO** (Desistió de la demanda en esta instancia).
- **JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA** la suma de $173.333 diarios desde el 30 de septiembre de 2015 y el 15 de febrero de 2016 para un total de $23.399.955.

Lo anterior por cuanto la situación aquí planteada es diferente a la que se analizó en la sentencia que cita la recurrente ya que la afectación de la póliza requiere trámites ante el Ministerio del Trabajo que como se observa en la documental que obra a folios 171 a 173 se venían realizando desde antes de la expedición de la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016, que declaró el siniestro de las pólizas y solo hasta el 27 de marzo de 2017 se profirió la Resolución 00922 que no repuso la decisión anterior y ordenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en liquidación para que allegara por intermedio de su liquidadora a seguros CONFIANZA, el listado de los trabajadores en misión a quienes se

debía cobijar y garantizar el reconocimiento y pago de la liquidación de las acreencias laborales; razón por la que considera la Sala se debe confirmar en este aspecto la condena impuesta.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. – CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de marzo de 2020, respecto de los demandantes ROBINSÓN ALEXEI MALAGÓN MENDOZA Y JENNY YOLIMA LÓPEZ CADENA, teniendo en cuenta que la señora ANDREA GISELA HERNÁNDEZ G. desistió del presente proceso lo que fue aceptado por auto de la misma fecha, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. FIDUCAR S.A. como integrantes del CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM, vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADOS EN LIQUIDACIÓN – PAR CONTRA LUIS FRANCISCO RUEDA MALUENDAS. Rad. 2016 – 00506 01. Juz. 16.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

Las demandantes SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. FIDUCAR S.A. como integrantes del CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADOS EN LIQUIDACIÓN – PAR presentan demanda contra LUIS FRANCISCO RUEDA MALUENDAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 147.

- Se declare que el demandado debe reintegrar la suma de $281.618.755 en virtud de la sentencia SU-377 de 2014 de la Corte Constitucional.
- Intereses moratorios.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fl. 146. Manifiestan que el demandante era trabajador de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM hoy liquidada y posterior al retiro de la entidad instauró acción de tutela solicitando la pensión anticipada que fue ordenada mediante sentencia del 1º de septiembre de 2009 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lorica y confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Córdoba el 5 de octubre de 2009, lo que fue

cumplido haciendo entrega de los pagos ordenados. Indica que la sentencia de unificación SU-377 del 12 de junio de 2014 proferida por la Corte Constitucional revocó los fallos proferidos a favor del demandado y en su lugar la declaró improcedente, lo que dejó sin sustento la suma de dinero pagada al demandado y en consecuencia el PAR TELECOM tiene derecho a obtener la restitución del valor pagado al extrabajador por la suma de $281.618.755.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, el demandado contestó en los términos del escrito visible a folios 190 a 210:

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la acción de tutela y las sentencias proferidas en las acciones de tutela y el pago de la suma indicada en la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia del enriquecimiento sin causa y prescripción de la acción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de inexistencia de enriquecimiento sin causa; se abstuvo de pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas y condenó en costas a las demandantes. El juez expresó en la sentencia que las situaciones fácticas fueron aceptadas por el demandado, salvo que la decisión de la Corte Constitucional haya dejado sin sustento jurídico el pago efectuado por la demandante, por lo que correspondía resolver si existía el derecho a la restitución del dinero que se reclama en la demanda. Consideró al respecto que esta demostrado que mediante tutela se concedió al demandado el reconocimiento y pago de la pensión anticipada y que la sentencia de unificación SU-377 de 2014 agrupó casos similares y tomó varias decisiones, entre ellas, revocar el fallo del extrabajador hoy demandado por no haber cumplido el requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela. Para resolver tuvo en cuenta los argumentos por los que fueron revocadas las sentencias que le reconocieron el derecho al demandado y encontró que se declaró improcedente la acción constitucional debido a que el trabajador dejó transcurrir 6 años aproximadamente para solicitar la pensión anticipada. En cuanto al enriquecimiento sin causa citó la sentencia T-214 de 2018, por tratarse de un caso similar al analizado en esa instancia y consideró que en este

caso no existe un enriquecimiento sin causa por cuanto en la sentencia SU-377/14 no se dispuso la restitución de dineros y que para la revocatoria de las decisiones de tutela no se analizó de fondo si existía o no derecho al reconocimiento pensional; además de que los hechos de la demanda permiten colegir que el demandado se encuentra amparado por el principio de la buena fe conforme a los fallos en las acciones de tutela, por lo que consideró que no había lugar al reintegro de las sumas que le fueron canceladas con fundamento en ellas.

Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que no se presenta la buena fe, precisamente porque estos fallos de tutela dieron lugar a diferentes acciones penales contra quienes reconocieron este derecho y el demandado no estaba en el régimen de transición, por lo que no cumplía el requisito para tener derecho a la pensión anticipada, respecto de lo cual ya existen fallos de la Corte Suprema de Justicia y era de conocimiento general en la empresa que en los juzgados de la costa estaban concediendo estos derechos y por eso aunque el actor trabajaba en Zipaquirá presentó la tutela en la costa y en cuanto al fallo de unificación dice que el auto A-503 de 2015 aclaratorio de la sentencia SU-733 se indicó que el PAR TELECOM debe acudir mediante la acción de enriquecimiento ilícito para obtener la devolución de estos dineros. Señala que en la sentencia de unificación no era necesario entrar a resolver sobre el derecho dada la improcedencia de la acción de tutela y para el efecto aporta posteriormente las sentencias penales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante:

FIDUAGRARIA; reitera la sustentación realizada en la audiencia debido a que los fundamentos tomados por el juez para decidir en este caso están en contra de la ley, ya que hay otro fallo similar en un juzgado del circuito que se debe tomar en cuenta para decidir.

Parte demandada: Pide se confirme la sentencia debido a que él recibió los dineros como consecuencia del resultado procesal en una sentencia, es decir, de manera legal y justificada por lo que no hay enriquecimiento sin justa causa, ni abusó de su derecho ni actuó de mala fe. Por otra parte, manifiesta que la demandante no probó

la mala fe como la alega y que si en el caso en realidad el demandado no tenía derecho, no fue su culpa que le hubiera sido concedido por un juez.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".* Lo primero que debe mencionarse es que la documental aportada con posterioridad a la sentencia de primera instancia y que se relaciona con los fallos proferidos en procesos penales respecto al prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros (fls. 231 a 259) adelantados contra el Juez Promiscuo Municipal de Lorica por los fallos de tutela que reconocieron, entre otros al actor, el derecho deprecado en esa oportunidad, no puede ser tenida en cuenta en esta instancia ya que esa documental nunca fue solicitada como prueba en la primera instancia, ni decretada como tal y, además, fue allegada extemporáneamente por cuanto el debate probatorio se había cerrado y por tanto el demandado no tuvo oportunidad para contradecir los documentos que se aportan.

Debe tenerse en cuenta que para que una prueba pueda ser considerada legal, debe haber sido objeto de petición, decreto y práctica en la primera instancia y en este caso la documental no fue solicitada por ninguna de las partes, no fue decretada de oficio por el juez y no se le dio a la parte demandada la oportunidad de conocerla y menos aún de controvertirla.

Ahora respecto al auto A-503 de 2015 que indica la recurrente como fundamento de su apelación, se tiene que en el mencionado auto se indicó textualmente sobre el punto en particular, lo siguiente:

"5.5. Solicitud de adición de la parte resolutiva

5.5.1. Por último, la representante del PAR solicita a la Corte que adicione a la parte resolutiva de la sentencia SU-377 de 2014 una orden tendiente a la restitución de las sumas de dinero pagadas con ocasión del cumplimiento de las providencias de instancia, que luego en la sentencia de unificación fueron revocadas. A su juicio, "[en la sentencia SU-377 de 2014] se omitió la orden consistente en la devolución al PAR de todos los valores que hubiese erogado como consecuencia de los fallos revocados mediante la decisión de la referencia (incluyendo pagos de seguridad social). Tal cuestión cuenta con especial relevancia respecto del pronunciamiento

que le corresponde a la Corte, en sede de revisión, frente a las decisiones de instancia."

(…)

5.5.4. El hecho de que el PAR hubiere cancelado sumas de dinero a favor de algunos peticionarios en cumplimiento de las sentencias de instancia, a pesar de que las mismas eran objeto de revisión por la Corte, no impacta la resolución a los problemas jurídicos que se plantearon, ni tampoco significa que se omitió resolver algunos de los extremos de la litis. La Sala Plena no dispuso la restitución de dineros a favor del PAR de TELECOM, porque dicha entidad puede hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció. Bastaba con revocar todas las órdenes de las sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal y constitucional, por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurarse mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello. (Subrayado fuera de texto) "

Así las cosas, según la providencia citada bastaba con revocar todas las órdenes de las sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de estas carecían de justificación legal y constitucional, y en consecuencia debe analizarse si existió un enriquecimiento sin causa.

Al respecto observa La Sala que los dineros recibidos por el demandado fueron producto del cumplimiento de decisiones tomadas en acciones de tutela que si bien fueron revocadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-377 de 2014, no implican que el extrabajador hubiera incurrido en un ilícito o por lo menos ello no se manifestó, ni demostró en el curso del proceso y si bien el Auto A-503 de 2015 indica que bastaba la decisión allí tomada para entender que los pagos efectuados carecían de justificación legal, lo cierto es que la misma Corte Constitucional en la sentencia T-214 de 2018 citada por el A quo, en un caso muy similar al aquí analizado manifestó lo siguiente:

"En relación con esto último, destaca La Sala que, pese a que la Sentencia SU- 377 de 2014 revocó los fallos de tutelas que fueron el fundamento legal para reconocerle al señor Triana Quiroz los dineros pagados a título de un derecho pensional, dicha revocatoria no obedeció a un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación donde se pudiera verificar que en efecto, el derecho que le fue tutelado al mismo no existía. Al respecto, la Corte solo consideró que el trámite tutelar que se revisaba era improcedente dado el tiempo que había transcurrido entre el hecho generador de la violación del derecho y la interposición de la acción amparo."

Lo que allí se mencionó, sucede exactamente en este caso en concreto, donde al demandante se le declaró improcedente la acción constitucional por no cumplir con el requisito de inmediatez como se indicó en la sentencia SU-377 de 2014, por lo que no puede decirse que el actor obrara de mala fe y por ello las conductas que alega la parte actora no le eran imputables a él, máxime cuando la Sentencia SU-377 de 2014 en los casos donde se verificó un comportamiento temerario o de mala fe, señaló las personas a quienes se les compulsaba copia para la respectiva investigación.

Conforme a lo anterior al analizarse la conducta del demandado no es posible determinar la existencia de mala fe en su actuar, pues al respecto no se aportó ninguna prueba y en consecuencia es de presumir que el pago efectuado por la demandante fue percibido de buena fe por RUEDAS MALUENDAS ya que para ese momento existía una orden judicial que le reconocía el derecho a percibir la pensión anticipada y los dineros no fueron recibidos con posterioridad a la revocatoria de la acción de tutela.

En consecuencia, no se encuentra demostrado el enriquecimiento sin causa del alegado como fundamento de las pretensiones de la demanda, pues es claro que el pago se dio como consecuencia de las sentencias de tutela y no se decidió en la sentencia de unificación que cita la parte actora, una decisión de fondo respecto al derecho del actor a la prestación que en ellas se reconoció, dado que faltó el requisito de inmediatez para proponerla, lo que significa que el actor debía acudir a la jurisdicción ordinara para obtener la declaratoria del derecho, lo que no hizo.

En consecuencia, al existir en su momento una causa lógica y razonable para que recibiera de buena fe los dineros que por concepto de pensión anticipada le habían sido reconocidos no hay lugar a disponer su devolución y en consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de la alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELIZABETH CASTRO BECERRA, OSCAR ALBERTO REY BERNAL Y SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Rad. 2016 - 00502 - 01. Juz. 20.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ELIZABETH CASTRO BECERRA, OSCAR ALBERTO REY BERNAL Y SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ demandaron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que se profieran las declaraciones y condenas que a continuación se determinan:

ELIZABETH CASTRO BECERRA desistió de la demanda lo que fue aceptado en audiencia del artículo 77 del C.P.T. (fl.423 a 424).

OSCAR ALBERTO REY BERNAL solicita: (fls. 12 a 15)

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 20 de enero y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación
- Responsabilidad solidaria.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ pretende: (fls. 16 a 19).

- Declaración de la existencia de una relación laboral entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. o en subsidio se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que fungió como intermediaria Optimizar Servicios Temporales S.A.
- Como consecuencia se orden el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indexación.
- Responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a continuación (fls. 135 a 137). OSCAR ALBERTO REY BERNAL señala que entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se suscribieron contratos de prestación de servicios No. 275 de 2014 y 147 de 2015 para el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, y en cumplimiento de esos contratos se vinculó al demandante mediante contrato de obra o labor entre el 1º de diciembre de 2014 y hasta el 30 de septiembre de 2015 enviado como trabajador en misión al Fondo Nacional del Ahorro para desempeñar el cargo de Administrativo II con funciones que corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro que no eran de carácter temporal y con un salario de $3.675.000. Que Optimizar Servicios Temporales mediante comunicación escrita terminó el contrato de trabajo y no le cancelaron las prestaciones que reclama y una vez entró en reorganización empresarial la pasiva OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reconoció dentro de sus pasivos el pago al trabajador, pero no presentó fórmula de cancelación, como tampoco el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

En igual sentido se indica que SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ fue vinculada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y enviada como trabajadora en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Manifiesta que desempeñó el cargo de Comercial III desde el 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 (fl. 135 a 137)

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad; notificadas las accionadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corrido el traslado respectivo, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en liquidación judicial del escrito visible a folios 375 a 388.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la suscripción de los contratos con el Fondo Nacional del Ahorro, la vinculación de los demandantes mediante contratos de obra o labor, así como los extremos de estos, el salario y los cargos desempeñados; la existencia de la reorganización de la empresa y posterior liquidación judicial y que los créditos laborales fueron incluidos en el proceso de reorganización. Indicó que se afectó la póliza para el pago de salarios y prestaciones sociales.
- Formuló como excepciones de mérito; existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales adeudadas objeto de la demanda y genérica.

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** del escrito visible a folios 150 a 210.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con los contratos suscritos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para el suministro de personal y los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio.
- Propuso como excepciones de mérito; carencia de causa y de objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad y genérica
- Presentó llamamiento en garantía a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. (fl. 211 a 216)

LIBERTY SEGUROS S.A. del escrito visible a folios 281 a 315.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó los contratos suscritos entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.
- Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los Litis consortes necesarios.
- Como excepciones de fondo propuso; falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ausencia de solidaridad entre los demandados, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por no ser empleador de los demandantes, prescripción, buena fe y genérica.
- Respecto del llamamiento en garantía propuso como excepciones; inexistencia de siniestro para las pólizas de cumplimiento, inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora, pérdida del derecho o reducción de la indemnización del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, compensación, incumplimiento del deber del FNA de aminoración del daño, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro por parte del FNA, sujeción a los términos, condiciones y límites de las pólizas de cumplimiento, buena fe y genérica.

Mediante auto del 26 de octubre de 2017 (fls. 423 a 424), se vinculó a **SEGUROS CONFIANZA S.A.** quien contesto en los términos del escrito visible a folios 460 a 468.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva de CONFIANZA S.A., falta de cobertura, la relación laboral de los demandantes se encuentra por fuera de la vigencia de la póliza y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual la cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y los demandantes de la siguiente manera:

- Con OSCAR ALBERTO REY BERNAL entre el 20 de enero y el 30 de septiembre de 2015

- Con SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015

Condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a pagar a los demandantes la indemnización moratoria desde el 30 de septiembre de 2015 al 16 de noviembre de 2016 de la siguiente manera:

- A OSCAR ALBERTO REY BERNAL por la suma de $18.329.999.
- A SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ por la suma de $24.674.999.

ABSOLVIÓ al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las pretensiones incoadas en su contra y a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. Llegó a esa determinación por encontrar probado que los demandantes tuvieron contratos con OPTIMIZAR SERCIVIOS TEMPORALES por los períodos que se indican en la demanda lo cual fue aceptado por la E.S.T. Manifestó que los testigos indicaron la forma como se realizaron las labores y que las ordenes las daba un jefe de Optimizar, que las prestaciones que se reclamaban en la demanda fueron canceladas por la aseguradora CONFIANZA S.A. a cada uno de los demandantes, lo cual fue manifestado por la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en la contestación y por CONFIANZA S.A. Consideró que el verdadero empleador fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. por cuanto no superó el tope máximo de contratación establecido en el artículo 77 de la Ley 50/90 y que se requirió la contratación a través de E.S.T. por el aumento de afiliados al FNA, razón por la que tampoco había lugar a imponer condena alguna a LIBERTY SEGUROS S.A. En cuanto a la indemnización moratoria señaló que se debe tener en cuenta la buena o mala fe en el actuar del empleador y en este caso, aunque la entidad se encontraba en reorganización empresarial había de tenerse en cuenta la jurisprudencia para concluir que esta situación no la excluía del pago de la indemnización moratoria y por ello condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. al pago desde la terminación del contrato hasta la liquidación de la entidad. Señaló que como SEGUROS CONFIANZA S.A. acreditó que se había extinguido el valor de la póliza debía absolverse de la condena.

Recurso de apelación

Parte demandante.- La apoderada de la parte demandante interpone le recurso de apelación para lo que argumenta que el contrato con el F.N.A. es irregular y que si bien Elizabet Castro desistió del proceso, su caso es un indicio en cuanto a que la contratación superó el término establecido en la ley y trajo a colación la sentencia SL- 3520/18 para señalar que la contratación no puede realizarse en labores

netamente naturales de la empresa por lo que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder solidariamente ya que los demandantes fueron vinculados con incumplimiento del artículo 77 de la Ley 50/90. Y en cuanto a la indemnización moratoria considera que debe ir hasta la liquidación final de la E.S.T.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES; señaló que se encuentra demostrado que a los demandantes se le cancelaron las prestaciones en cumplimiento de la afectación de las pólizas, lo que fue ordenado por el Ministerio de Trabajo en virtud del trabajo mancomunado de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con el MINISTERIO DEL TRABAJO. Indicó que dado el estado de insolvencia y al existir la reorganización de la empresa no podía efectuarse pago alguno que no fuera ordenado en el concurso, por lo que no debía imponerse condena alguna por este concepto dada la imposibilidad jurídica y material de realizar dichos pagos. Por último, señala que en caso de imponerse la condena esta debía tener como fecha de terminación el 15 de febrero de 2016, fecha en que entró en reorganización la empresa.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardaron silencio.

Parte demandada:

FONDO NACIONAL DEL AHORRO; solicita se confirme el fallo debido a que respecto de este asunto no se presentan los requisitos del contrato de trabajo, además actuó siempre de buena fe y cumplió con las obligaciones pactadas con Optimizar Servicios Temporales, quien es el verdadero empleador de los demandantes.

LIBERTY SEGUROS; pide se confirme la decisión en razón a que se probó que el verdadero empleador de los actores es Optimizar Servicios Temporales, quien capacitaba a los trabajadores y realizaba las demás funciones como patrono de estos, que envió a los trabajadores en misión por un término inferior a un año a favor del FNA, del cual no se deduce responsabilidad solidaria en relación al incumplimiento del verdadero empleador. Por otra parte, requiere que si se llega a revocar la sentencia, se declare que las pólizas entre esta y el FNA no cubren la situación presentada en este caso porque el incumplimiento lo realizó Optimizar Servicios y no el contratante FNA.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* y en consecuencia se analizará en primer lugar la inconformidad presentada por la parte actora en relación con el incumplimiento de los requisitos para la contratación a través de empresas de servicios temporales por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, la solidaridad en el pago de la indemnización moratoria y posteriormente, lo relacionado con la inconformidad de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES respecto a la procedencia de la condena impuesta y en caso de no prosperar se disponga su pago hasta el ingreso a reorganización empresarial.

De la contratación con E.S.T.

La parte demandante considera que es irregular la contratación con la E.S.T. y que si bien Elizabet Castro desistió del proceso su caso es un indicio en cuanto a que la contratación superó el término establecido en la Ley y adicionalmente que la contratación no puede realizarse en labores netamente naturales de la empresa usuaria.

De acuerdo con la demandada, la pretensión principal era la declaratoria de la existencia de un contrato con la EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES o en subsidio se declarare la existencia de un contrato con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. era una simple intermediaria y como consecuencia se condene al pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria.

Así las cosas, se analizará si es legal la contratación de los demandantes, para lo que en primer lugar se ha de tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece que:

> *"Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador". Las empresas usuarias únicamente pueden contratar trabajadores en misión por medio de las empresas de servicios temporales,*

conforme con el artículo 77 de la citada Ley, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más."

En igual forma el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 dispone:

"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más. Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

Es de resaltar que en el evento de encontrarse que no se cumplen los requisitos de las normas que rigen este tipo de contratos, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, de que es la verdadera empleadora y la empresa de servicios temporales es una simple intermediaria, lo que trae como consecuencia la responsabilidad solidaria en el pago de los derechos laborales de los trabajadores enviados en misión.

En el caso en estudio no fueron objeto de controversia los extremos de la relación laboral de cada uno de los demandantes tal y como fue declarado en la sentencia recurrida, y en consecuencia tenemos que los demandantes estuvieron vinculados a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y que prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de la siguiente manera:

- OSCAR ALBERTO REY BERNAL entre el 20 de enero y el 30 de septiembre de 2015 (8 meses 10 días).

- SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ desde el 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015 (10 meses).

De lo anterior se concluye, que la contratación de ninguno de los demandantes superó el término descrito en las normas citadas, pues estos no superaron los seis meses prorrogables por 6 meses más (12 meses), por lo que este requisito se encuentra cumplido. Lo relacionado con la demandante Elizabeth Castro no puede ser tenido en cuenta puesto que ella desistió de la demanda.

Ahora, en el interrogatorio de parte **OSCAR REY** manifestó haber recibido el pago de las acreencias laborales; que recibió carné y uniforme que les entregaba el F.N.A., conoció que OPTIMIZAR EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES había entrado en proceso de liquidación cuando reclamó el pago de sus prestaciones y que al día siguiente firmó contrato con ACTIVOS. No sabe si el pago de sus prestaciones lo hizo la E.S.T. o fue CONFIANZA porque sus apoderados recibieron el pago de la liquidación.

El testigo **ALEX W. VANEGAS MARÍN** manifestó que es asesor comercial del F.N.A. a través de una temporal y ha prestado sus servicios en distintos cargos desde el 2 de marzo de 2015 e interpuso demanda ordinaria laboral por los mismos motivos. Dice que lo llamó el F.N.A y lo mandó a OPTIMIZAR para que firmara el contrato. Conoce a OSCAR REY desde esa fecha, pero que él estaba desde antes, era asesor comercial, no recuerda hasta cuando, pero cree que estuvo 2 años y medio, a SHIRLEY SERRANO no la conoce. Sabe que la aseguradora les pago, pero no recuerda cual era la aseguradora. Dice que el servicio lo prestaban al F.N.A., y existía una relación comercial entre el F.N.A. y OPTIMIZAR. Para los reclamos los hacían con los directores que eran de OPTIMIZAR, aunque también prestaban sus servicios para el F.N.A. a través de E.S.T. Dice que ellos ingresaron como una fuerza comercial externa que se creó desde diciembre de 2014 para que los afiliados no tuvieran que asistir a las oficinas del F.N.A. labor que aún hoy continúan prestando, dice que después del 30 de septiembre de 2015 firmaron con ACTIVOS y todavía está prestando sus servicios a través de otra temporal.

El testigo **DANIEL ALEJANDRO CANO CAÑAS** es tecnólogo y asesor comercial en el F.N.A., desde el 19 de diciembre de 2014 porque en ese tiempo se creó una fuerza comercial externa y lo contrataron a través de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES quien hizo el proceso de selección en un mismo día en sus instalaciones, siempre les informan el cambio de temporal con anterioridad y el contrato se hacía en un mismo día con otra temporal para todos con las mismas funciones. Indicó que conoce a OSCAR ALBERTO REY desde hace 4 años en el F.N.A. iniciaron unas capacitaciones

y que el demandante ya no presta servicios en el FNA.; adujo que en caso de reclamos o permisos acudían al fondo, al director o gerente que era Carlos Mario Rivero que era contratado igualmente por la E.S.T., que el pago lo hacía OPTIMIZAR y el F.N.A. les enviaba el cuadro de las comisiones. Concluyó que OPTIMIZAR les adeuda la liquidación por lo que demandaron el cobro y después supieron que OPTIMIZAR estaba en quiebra y manifestó que no conoce a SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ.

Así las cosas, es claro que los demandantes se desempeñaban como "Comercial IV" y "Comercial II", lo que fue aceptado por la E.S.T. y conforme las liquidaciones de los contratos de trabajo (fls.399 y 400), si bien es cierto estos cargos no figuran en la planta del FNA, es necesario señalar que el FNA es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, que tiene como objeto administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social. Y entre sus funciones se encuentran las de "a) Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes: b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantías a los afiliados; c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda."

Las demandadas suscribieron los contratos No. 275 de 2014 y el contrato 147 de 2015 que tenían como objeto la "PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, QUE SUMINISTRE PERSONAL EN MISIÓN QUE PERMITA CUBRIR LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA 2015-2019"; contrataciones que abarcan aspectos propios del objeto misional de la entidad.

Ahora, se tiene que los demandantes realizaron actividades normales de la empresa usuaria, en los cargos de "Comercial III y Comercial IV" de conformidad con los contratos de trabajo, para realizar las actividades operativas y administrativas, esto por cuanto fueron vinculados dentro del programa de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el Plan Nacional De Desarrollo y la Planeación Estratégica, labores que no encuadran dentro de las permitidas para contratación de servicios temporales que se establecen en las normas que regula las E.S.T.

Por lo anterior, es de recibo lo manifestado por la parte demandante en cuanto a que la contratación fue irregular, pues si bien en este específico asunto no se superó el término de vinculación establecido en las normas antes citadas, lo cierto es que se vinculó personal por intermedio de la EST para satisfacer una necesidad propia del FNA, la que sin duda alguna, se requiere para dar cumplimiento a su objeto y al plan de expansión de la entidad, por lo que no son extrañas al giro ordinario de sus negocios y contaría abiertamente no solo el fin de las empresas de servicios temporales sino lo dispuesto en el Decreto 4369/06 Artículo 6º que señala:

> *"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo,"* y el artículo mencionado señala que es trabajo ocasional o transitorio el de corta duración que "*se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador".*

Las E.S.T. no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir al personal que se requiere de carácter permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la Ley y en consecuencia se debe modificar el ordinal tercero de la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de empresa usuaria respecto de las condenas impuestas a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por concepto de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria.

Es objeto de inconformidad por parte de la demandada OPTIMIZAR SERVCIOS TERMPORALES S.A. por considerar que a los demandantes se les canceló las prestaciones en cumplimiento de la afectación de las pólizas, en virtud del trabajo

mancomunado de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con el MINISTERIO DEL TRABAJO por lo que no debía proceder condena por este concepto. Indicó, que en caso de no prosperar su apelación, se tuviera en cuenta que al existir la reorganización de la empresa no podía efectuarse pago alguno que no fuera ordenado en el concurso, por lo que la moratoria debía tener como fecha de terminación el 15 de febrero de 2016. Es necesario mencionar en primer lugar que a la fecha de la terminación de los contratos, esto es, al 30 de septiembre de 2015, OPTIMIZAR SERVCIOS TEMPORALES S.A. no se encontraba en reorganización empresarial y no se probó de manera alguna una justificación para no efectuar el pago de las prestaciones por lo que procedía la condena por concepto de la indemnización moratoria.

Ahora, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores de las empresas en reorganización, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Es de resaltar que para iniciar el proceso de reorganización, la empresa debe presentar ante la Superintendencia de Sociedades los estados financieros básicos y el inventario de activos y pasivos con memoria explicativa de las causas de la insolvencia y flujo de caja para pagar y en el auto de iniciación de la reorganización se emiten órdenes para el deudor y se nombra un promotor quien será el encargado de adelantar las negociaciones, por lo que no pude considerarse que la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES conservó disponibilidad sobre bienes y dineros para ordenar el pago de los salarios y prestaciones adeudados.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso se encuentra acreditado con la contestación de la demanda por parte de CONFIANZA S.A. que se realizaron por parte de la demandada OPTIMIZAR EST y por el F.N.A. todos los trámites necesarios y correspondientes para afectar las pólizas tomadas y para que la Aseguradora CONFIANZA S.A. realizara el pago de las prestaciones; actuaciones que permiten concluir que las demandadas actuaron de buena fe y en consecuencia la moratoria solo se debe imponer hasta la admisión del proceso de reorganización.

Lo anterior, por cuanto la situación aquí planteada es diferente a la que se analizó en las sentencias 37493/11 y 16884/16, ya que la afectación de la póliza requiere trámites ante el Ministerio del Trabajo que se venían adelantando desde antes de la expedición de la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 que declaró el siniestro de las pólizas y solo hasta el 27 de marzo de 2017 se profirió la Resolución

00922 que no repuso la decisión anterior y ordenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en liquidación que allegara por intermedio de su liquidadora a seguros CONFIANZA, el listado de los trabajadores en misión a quienes se debía cobijar y garantizar el reconocimiento y pago de la liquidación de las acreencias laborales; razón por la que considera La Sala no se observa mala fe de las demandadas y en consecuencia la condena al pago de la indemnización moratoria debe ir hasta la fecha en que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entró en reorganización empresarial, esto es hasta el 15 de febrero de 2016.

En ese orden de ideas, se modificará el ordinal segundo de la sentencia apelada para liquidar la indemnización moratoria, de la siguiente manera:

- OSCAR ALBERTO REY BERNAL desde el 30 de septiembre de 2015, fecha de terminación del contrato hasta el 15 de febrero de 2016, fecha de inicio de la reorganización empresarial (135 días), liquidada sobre el salario diario devengado de $43.333,33 para un total de $5.850.000.
- SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ por el mismo periodo de 135 días sobre un salario de $58.333,33 diarios, para un total de $7.875.000.

En concordancia con lo expuesto, se revoca el ordinal TERCERO para en su lugar condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago en forma solidaria de la indemnización moratoria impuesta a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el ordinal QUINTO se modifica en el sentido de condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en forma solidaria al pago de las costas causadas en el proceso.

Costas. - Las de primera instancia se modifican. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, en el sentido de CONDENAR en forma solidaria a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización moratoria de la siguiente manera:

- OSCAR ALBERTO REY BERNAL desde el 30 de septiembre de 2015, fecha de terminación del contrato hasta el 15 de febrero de 2016, fecha de inicio de la reorganización empresarial (135 días), liquidada sobre el salario diario devengado de $43.333,33 para un total de $5.850.000.

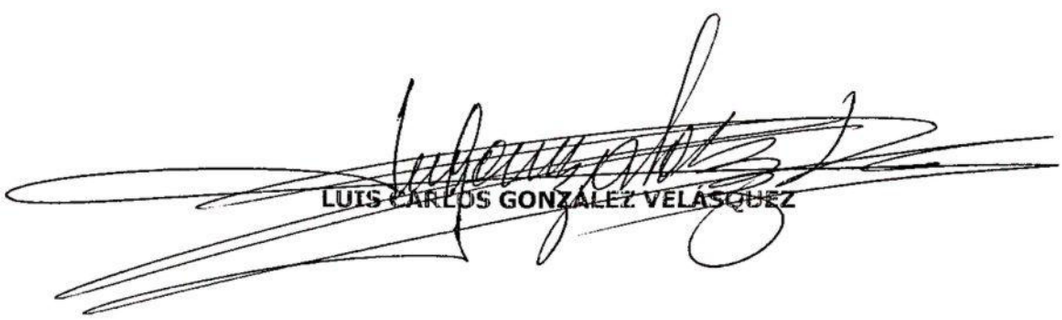
- SHIRLEY SERRANO MARTÍNEZ por el mismo periodo de 135 días sobre un salario de $58.333,33 diarios, para un total de $7.875.000

SEGUNDO.- REVOCAR el ordinal TERCERO para en su lugar CONDENAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en forma solidaria al pago de la indemnización moratoria, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO. – MODIFICAR el ordinal CUARTO en cuanto a condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de las costas del proceso en forma solidaria.

CUARTO.- COSTAS Las de primera instancia se modificaron conforme al ordinal anterior. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



(EN PERMISO)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ IVÁN ORTIZ CLAVIJO CONTRA la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y CAFESALUD EPS. Rad. 2017 00246 01 Juz 36.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ IVÁN ORTIZ CLAVIJO demandó a COLPENSIONES y CAFESALUD EPS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 32 a 34.

- Pagos de las incapacidades 1101010000623590, 11010100000633390, 1101010000641010, 1101010000648740, 1101010000656740, 1101010000665400, 12135691, 12196202, 12355303, 12482116, 1101010000705550, 12830084, 1101010000505420, 12876265 y 12898792.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 30 a 32. Suscribió contrato de trabajo con la empresa MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. MASA para desempeñar el cargo de supervisor directivo. El salario pactado ascendió a $4.692.480. Fue diagnosticado con ESTEATOSIS HEPATICA Y COLELITIASIS el 30 de agosto de 2013. Fue intervenido quirúrgicamente el 5 de diciembre del mismo año. Le fue dada incapacidad a partir del 3 de diciembre de 2013. Fue intervenido quirúrgicamente

por DESCOMPRESIÓN DEL NERVIO EN EL TÚNEL DEL CARPO CON NEUROLISIS Y TENOLISIS EN FLEXIONA DE MANO en mayo de 2014. Fue remitido a terapias físicas integrales. El médico tratante el 25 de julio de 2014 confirma el padecimiento de túnel del carpo y distonia. El pago de las incapacidades fue asumido por la empresa entre el 3 de diciembre de 2013 y hasta el 16 de junio de 2014, y al haberse cumplido 180 días de incapacidad suspendió el pago de las mismas. Las incapacidades se extendieron hasta el 25 de abril de 2015. Ninguna de las entidades asumió el pago a partir del 23 de julio de 2014. Se le adeudan las incapacidades entre el 28 de junio y el 12 de julio de 2014 por valor de $914.162. La comprendida entre el 23 de julio y el 11 de agosto de 2014 por valor de $1.351.434.24. La comprendida entre el 12 y el 31 de agosto de 2014 por valor de $1.501.593,6. La comprendida entre el 1 y el 20 de septiembre de 2014 por valor de $1.501.593,6. La comprendida entre el 21 de septiembre al 10 de octubre de 2014 por valor de $1.501.593,6. La comprendida entre el 11 y el 30 de octubre de 2014 por valor de $1.501.593,6. La comprendida entre el 31 de octubre y el 14 de noviembre de 2014 por valor de $1.126.195,2. La comprendida entre el 15 de noviembre y el 14 de diciembre de 2014 por valor de $2.252.390,4. La comprendida entre el 15 de diciembre de 2014 y el 13 de enero de 2015 por valor de $2.252.390,4. La comprendida entre el 14 de enero y el 12 de febrero de 2015 por valor de $2.252.390. La comprendida entre el 13 de febrero y el 14 de marzo de 2015 por valor de $2.252.390. La comprendida entre el 15 y 20 de marzo de 2015 por valor de $450.478,48. La comprendida entre el 22 y el 23 de marzo de 2015 por valor de $300.318. La comprendida entre el 24 y el 26 de marzo de 2015 por valor de $150.159,36. La comprendida entre el 27 de marzo y el 25 de abril de 2015 por valor de $225.239,04. La comprendida entre el 27 de marzo y el 15 de abril de 2015 por valor de $2.252.390.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 99 a 108 y 122 a 137.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no acepto el contenido de ninguno de ellos.

- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe,
- carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y genérica.

CAFESALUD E.P.S. S.A, contestó como consta a fls. 175 a 246.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no acepto el contenido de ninguno de ellos.
- Formuló como excepciones de fondo; falta de legitimación en la causa por pasiva, reglas sobre el reconocimiento de incapacidades superiores con relación al responsable de su pago, las obligaciones de Saludcoop EPS no fueron objeto de cesión a Cafesalud EPS, temeridad y mala fe, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso;

> ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– a reconocer y pagar al señor JOSÉ IVÁN ORTIZ CLAVIJO los subsidios por incapacidad causados entre el 23 de enero de 2015 y el 14 de marzo de 2015, los cuales ascienden a la suma de $2.033.200, la que deberá ser pagada con un interés legal del 6% anual.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES y probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva, en favor de CAFÉSALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.*
> ***TERCERO: ABSOLVER*** *a CAFÉSALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN de las todas pretensiones y a COLPENSIONES de las demás formuladas en su contra.*
> ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS*** *al demandante en favor de CAFÉSALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN y a COLPENSIONES en favor del accionante. Liquídense con las sumas de $100.000 y $400.000 por concepto de agencias en derecho, respectivamente.*
> ***QUINTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente decisión conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en favor de COLPENSIONES.*

Llego a la anterior decisión al establecer que la Junta de Calificación Regional del Meta determinó que el actor tiene una perdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 15 de octubre de 2014. Estableció de igual manera que le fue reconocida pensión de invalidez por parte de Colpensiones mediante la resolución GNR 417001 de fecha 24 de diciembre de 2015 a partir del 24 de marzo de 2015 en cuantía de $865.749. Conforme las pruebas arrimadas al plenario señaló que las

incapacidades dadas al señor José Ivan superaron los 180 días, sin embargo al revisar las patologías de diagnostico de cada una de ellas concluyó que no puede tener como prorroga la totalidad de las incapacidades al no guardar relación las mismas, por lo que determinó que la EPS debe asumir los subsidios por incapacidad hasta el 23 de enero de 2015, que corresponden a los primeros 180 días, además los que corresponde del 15 al 20 de marzo de 2015 por ser un diagnostico distinto el origen de las mismas. En consecuencia a cargo de Colpensiones se encuentran las incapacidades entre el 23 de enero y entre el 12 de febrero de 2015, y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2020. A partir del 24 de mayo de 2015 no se reconocen incapacidades por contar el demandante con un reconocimiento pensional por invalidez. En relación con las incapacidades del 28 de junio al 12 de julio de 2014 de 2014 y del 2 de agosto al 23 de enero de 2015, se tiene que fueron liquidadas por Saludcoop, y si bien a Cafesalud mediante resolución 2422 de 25 de noviembre de 2015 le fue asignada la población de EPS Saludcoop por su intervención y posterior liquidación, lo cierto es que no se estableció que tenga a cargo prestación económicas de Saludcoop, pues solo le corresponden aquellas incapacidades no liquidadas. Además como no fue llamada Saludcoop a integrar la litis no se pueden impartir condenas en su contra.

Frente al monto reconocido por subsidio de incapacidad, se tiene que los aportes se realizaron sobre la base de $2.346.500 y sobre esta suma se han liquidado los subsidios pagados, sin que sea posible debatir el salario devengado por el actor al no haberse llamado al empleador para determinar la eventual omisión o diferencias en relación con el pago. En lo atinente a los intereses moratorios se remitió a lo previsto en el artículo 1617 CC que prevé el 6% anual, que están a cargo de Colpensiones. En relación con la prescripción la declaró no probada. La falta de legitimación en la causa por pasiva la encontró probada a favor de Cafesalud por no ser entidad la llamada a responder por esos subsidios por incapacidad.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES**: No se pronunció en esta etapa.

- **CAFESALUD E.P.S.:** señala que una vez revisados los soportes de la demanda por parte del A quo para el fallo de primera instancia se evidencio que por Resolución GNR 417001 del 24 de diciembre de 2015, reconoció pensión de invalidez al demandante a partir del día 24 de marzo de 2015, fecha en la que dejó de existir la obligación por parte del sistema para el reconocimiento de subsidios de incapacidad. Así las cosas, Cafesalud no tuvo relación con las incapacidades del demandante toda vez que fue cedido a partir del día 1 de diciembre de 2015, fecha para la cual ya se encontraba con pensión efectiva. Cafesalud E.P.S. no tenía vinculación para el momento de los hechos, sino que por el contrario era SaludCoop quien realizó el pago de las incapacidades tal como se afirmó dentro del análisis procesal, entidad que no fue vinculada como litisconsorte dentro del presente proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada a la petición radicada el 1 de junio de 2016 (fl 22 y 23), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Reconocimiento y pago de incapacidades

Sea lo primero precisar que el actor fue calificado por la Junta Regional de Calificación del Meta el 13 de mayo de 2015 (fls. 9 a 13), en este se estableció una PCL del 57.93%, origen de la enfermedad común y con fecha de estructuración el 15 de octubre de 2014. De igual manera se tienen que le fue reconocida pensión de invalidez mediante la Resolución GNR 417001 de 2015, a partir del 24 de marzo de 2015 en cuantía inicial de $865.749 (fls. 4 a 8).

La Ley 100 de 1993 en su artículo 206[1] prevé tanto las incapacidades generadas en enfermedad general como las de origen profesional y accidente de trabajo, de igual manera el artículo 227 del C.S.T.[2] señala el valor de este auxilio por incapacidad.
Respecto a la procedencia del reconocimiento de las incapacidades laborales de origen común, la Corte Constitucional en la sentencia T-200 de 2017[3] ha hecho claridad frente a la titularidad del pago, así:

> *"5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común*
>
> *De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada* ***auxilio económico***[4] *si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o* ***subsidio de incapacidad***[5] *si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:*
>
> *i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.*[6]
>
> *ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.*
>
> *iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52*[7] *de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*[8]
> *(…)*
> *En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas "[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen*

---

[1] ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.
[2] ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.
[3] Sentencia del 3 de abril de 2017 MP Dr. José Antonio Cepeda Amarís
[4] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.
[5] Decreto 2463 de 2001, artículo 23.
[6] El Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.
[7] Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
[8] Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

los quinientos cuarenta (540) días continuos."[9]
(…)
Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	***Entidad obligada***	***Fuente normativa***
Día 1 a 2	*Empleador*	*Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013*
Día 3 a 180	*EPS*	*Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013*
Día 181 hasta un plazo de 540 días	*Fondo de Pensiones*	*Artículo 52 de la Ley 962 de 2005*
Día 541 en adelante	*EPS*[10]	*Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015*

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo"

Ahora, para la contabilización de los días de incapacidad, esta debe ser continua o haberse prorrogado. La Corte Constitucional en las Sentencias T-364 del 2016 y T401-2017 dijo que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y además que correspondan a la misma enfermedad.

Se allego al plenario certificación de incapacidad emitido por Saludcoop EPS que reposa a folios 26 y 27, en la cual se relacionan las incapacidades dadas al actor así como su diagnóstico las cuales corresponden a K808, K819, R060, K802, K429, R104, M545, G560, R104, S609, S607, S617, G248 y A09. Se resalta que entre una y otra incapacidad no se transcurrió un lapso mayor a 30 días. En relación con las enfermedades se tiene que las patologías K8080, K819, K802, K429, corresponden

[9] Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.
[10] La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

a Enfermedades del aparato digestivo; las patologías S609, S607, S617 hacen referencia a Traumatismos de la muñeca y de la mano, el diagnostico R060 corresponde a disnea (Síntomas y signos que involucran los sistemas circulatorio y respiratorio), R104 a otros dolores abdominales y los no especificados, M545 corresponde a Lumbago No Especificado, los diagnósticos G560 y G248 corresponden a Enfermedades del sistema nervioso (otras distonías) y A09 pertenece a Diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso.

Bajo los anteriores preceptos, tal como lo concluyó la A quo, conforme las patologías que fueron diagnosticadas al actor y bajo las cuales les fueron dadas las incapacidades, se advierte continuidad o prorroga en relación con las patologías S609, S607, S617, G560 y G248, esto es del 28 de junio al 12 de julio de 2014 y del 12 de agosto al 23 de enero de 2015, que corresponden a patologías de muñeca, mano y otras distonías. En consecuencia los subsidios por incapacidad hasta el 23 de enero de 2015 momento en que acumulo 180 días estarían a cargo de la EPS SaludCoop a la cual se encontraba afiliado, a partir de allí le corresponde a Colpensiones por ser su administradora en pensiones, esto es del 23 de enero al 12 de febrero 2015 y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2015.

Como quiera que al actor le fue reconocida pensión de invalidez por parte de Colpensiones a partir del 24 de mayo de 2015, a partir de esta data no es posible continuar con el reconocimiento del subsidio por incapacidad por ser incompatible este pago con el reconocimiento pensional, tal como fue abordado por la Corte constitucional en sentencia T-140 de 2016;

> *"Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que "La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado" por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.*

> *Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado."*

Es de anotar, que las incapacidades del 28 de junio al 12 de julio de 2014 y del 12 de agosto al 23 de enero de 2015, se encuentran a cargo de la EPS SaludCoop a la que se encontraba afiliado el señor Ortiz Clavijo; entidad que procedió a liquidarlas conforme la documental de folios 26 y 27. Sin embargo al no ser vinculada a las diligencias esta EPS no es posible impartir condenas en su contra. Se debe tener en cuenta que Cafesalud en virtud de la Resolución 2422 de 25 de noviembre de 2015 asumió la población afiliada a SaludCoop debido a su intervención y posterior liquidación, sin que se le hubiese asignado las prestaciones económicas de aquella, quedando a cargo de Cafesalud en este caso solo las incapacidades no liquidadas. Puestas así las cosas Cafesalud no es la llamada a responder por estas prestaciones.

En relación con la liquidación de los subsidios por incapacidad, si bien del contrato de trabajo aportado al plenario (fls. 15 y 16) y de la certificación laboral (fl. 19 y 20) se desprende que el salario mensual asignado ascendía a la suma de $4.692.480, lo cierto es que del reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por Colpensiones (fls. 113 a 119) se tiene que los aportes se realizaron sobre la suma de $2.346.000, y sobre este valor se realizaron las liquidaciones de las incapacidades, sin que sea posible debatir el salario y el IBC del actor a falta de vinculación del empleador.

Ahora bien, ante la mora en el pago de los subsidios por incapacidad se impone la condena por intereses moratorios, que por corresponder a una suma de dinero serán los previstos en el artículo 1617 del C.C., y que estarán a cargo de Colpensiones, tal como lo determinó la A quo.

Finalmente es evidente que no se configuró el fenómeno de la prescripción como quiera que no alcanzo a transcurrir el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., ente la causación de las incapacidades (23 de enero al 12 de

febrero 2015 y del 13 de febrero al 14 de marzo de 2015) y la presentación de la demanda (26 de abril de 2017).

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

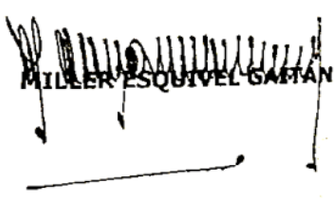
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MÓNICA MEDINA MONTOYA CONTRA SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. Rad. 2017 – 00418 01. Juz. 12.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MÓNICA MEDINA MONTOYA demandó a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 4.

- Declaración de pérdida de capacidad laboral.
- Reliquidación de la cuantía a título de indemnización por incapacidad permanente parcial de origen laboral.
- Pago de intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls 1 a 3. Nació el 29 de julio de 1965. Fue contratada el 1 de julio de 1986 por la empresa Banco Popular S.A. la actora ha trabajado 27 años en el banco, y actualmente ocupa el cargo de analista técnica. Las tareas ejecutadas por la demandante en el cargo eran de digitación, información telefónica, archivo, asesoramiento a los funcionarios del área, atención de consultas sobre normas e informes, verificación de datos en el computador y papelería. La señora Mónica Medina Montoya antes de su trabajo con el Banco Popular, laboro para Colpatria como secretaria alrededor de un año y para la empresa Diseños y Muebles en el mismo cargo, por dos años. Durante toda su vida laboral ha efectuado las mismas actividades de forma repetitiva y continua. Se le diagnosticaron

patologías tales como; epicondilitis media bilateral, epicondilitis lateral bilateral, tenosinovitis de flexores y extensores del carpo bilateral, síndrome del túnel carpiano derecho leve y bursitis en hombro derecho. Mediante dictamen del 18-02-2008 de la EPS FAMISANAR determina que los diagnósticos padecidos por la demandante son de origen profesional. Nuevamente mediante dictamen del 05-05-2011 la EPS reafirma su anterior diagnóstico y los mismos padecimientos como de origen profesional. Seguros de Vida Alfa S.A. efectúa calificación de origen el 03-05-2012 mediante el cual determina como enfermedad de origen profesional la patología síndrome de túnel del carpo derecho fase I. el 1 de agosto de 2013 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá a través de dictamen encuentra que las patologías EPICONDILITIS MEDIA, EPICONDILITIS LATERAL, SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO Y BURSITIS DEL HOMBRO son de origen profesional con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 16.23% y con fecha de estructuración del 15 de julio de 2013. Por medio del dictamen del 14 de noviembre de 2013, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirma el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca y confirma que las patologías padecidas por la accionante son de origen profesional, la pérdida de capacidad laboral del 16.23% y con la misma fecha de estructuración.

Seguros de Vida Alfa S.A. mediante oficio del 13 de marzo de 2014 efectúa indemnización por incapacidad permanente parcial equivalente a la suma de $21.943.932. La ARP ALFA el 13 de noviembre de 2007 hizo una evaluación al puesto de trabajo de la actora donde halla movimientos concentrados en miembros superiores, parcialmente en hombro y muñecas fuera de los ángulos de confort. En la anterior evaluación de la ARP ALFA, se encuentra que la postura principal el 90% es sedente. La ARP hace recomendaciones y en el informe de seguimiento de rehabilitación encontraron que la señora Medina Montoya percibía cierta limitación para la realización de sus actividades diarias y laborales por las molestias osteomusculares. En las recomendaciones y restricciones laborales le aconsejaron evitar movimientos repetitivos y prolongados, tanto en el trabajo como en su casa. Dada la imposibilidad de mejoría en su minusvalía la PCL debe aumentar a un 31.59%. Radico su historia clínica ante la EPS FAMISANAR el 12 de diciembre de 2016, con el fin de iniciar la calificación de las patologías TENDINITIS Y MANGUITO ROTADOR. Al re liquidar la cuantía de la indemnización de su PCL arroja una suma de $46.956.845 Teniendo como base un IBL de $2.881.672.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, la demandada contestó en los siguientes términos:

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 368 a 379.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó las patologías diagnosticadas, la calificación de origen profesional, la indemnización por incapacidad permanente parcial pagada, la evaluación del puesto de trabajo, la evaluación de la postura principal en el puesto de trabajo, las recomendaciones y restricciones laborales, la actividad sedente prolongada, el informe de seguimiento de rehabilitación profesional, la recomendación de modificar métodos de trabajo, las recomendaciones entregadas para actividades personales, recreativas y del hogar.
- Formuló como excepciones de mérito; petición antes de tiempo, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 14 de septiembre de 2020 en la cual dispuso condenar a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. a reconocer como valor definitivo de la indemnización por incapacidad permanente parcial de origen laboral en la suma de $33.499.437. De igual forma, condeno a la demandada a reconocer y pagar la diferencia existente entre el valor reconocido y lo que había cancelado por concepto de indemnización de $21.943.932, siendo la diferencia a pagar la suma de $11.555.505 debidamente indexados. Absolvió a la aseguradora de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Llegó a esa determinación, toda vez que al hacer el análisis de las patologías y de la calificación del síndrome de manguito rotador descarto que el mismo tuviese un origen profesional pues al observar específicamente los diagnósticos, se encontró que esta deficiencia no está registrada en los antecedentes clínicos de la EPS y los informes del estudio del puesto de trabajo de la demandante. Por todo lo anterior, la suma combinada arroja el valor de 8.70%, que equivale a 4.30% de discapacidad y 11.5% de minusvalía, dando como valor definitivo de Pérdida de capacidad laboral,

un total de 24.25% lo cual es superior al 16.23% que estableció Seguros de Vida Alfa para el pago de la indemnización. Teniendo en cuenta el 24.25% calculado, la incidencia en el monto mensual del número de meses para efectos de la indemnización es de 11.625% suma que es superior al 7.641% que adoptó seguros de vida alfa para pagar el valor de la indemnización, aplicando un IBL de $2.881.672.

Recurso de apelación

Parte demandante: solicita se revoque parcialmente la decisión. Manifiesta que el síndrome de manguito rotador que se diagnosticó con la bursitis de hombro derecho calificada el 3 de mayo de 2011 si es de origen laboral, ya que en el dictamen emitido por la ARL el 11 de noviembre de 2011 se había incluido esta patología registrada por la EPS Famisanar. El síndrome presentado tiene nexo de causa- efecto con las actividades laborales realizadas por la actora, lo que permite que se aumente el valor total para el pago de la diferencia de la incapacidad permanente parcial en un 31%. Solicita se reconsidere la condena en costas a la demandada, pues no se tuvo en cuenta por el A quo el valor del dictamen de calificación asumido por la demandante en el transcurso del proceso, el cual fue muy oneroso y se condene al pago de interses.

Parte demandada: requiere que se revoque el fallo de forma integral. Afirma que el 16.23% de pérdida de capacidad laboral, fue establecido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez en su dictamen del día 14 de noviembre de 2013 siendo esta la junta la última instancia de los procesos de calificación de los afiliados del sistema de seguridad social integral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del decreto ley 019 de 2012 y en el decreto 752 de 2013, lo que implica que sus decisiones son de obligatorio aplicación y gozan de presunción de legalidad, lo cual permite concluir que se presume que es un correcto análisis científico y técnico que coincide no solo con el diagnóstico de la EPS Famisanar, sino con los análisis del puesto de trabajo y dictámenes realizados por Seguros de Vida Alfa S.A. Respecto del valor de la indemnización y que fue efectivamente cancelada a la actora por valor de $21.943.932 no implica por las razones expuestas que se le realice ningún tipo de ajuste, toda vez que es acorde con la pérdida de capacidad laboral determinada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que el juez de instancia no tuvo en cuenta la documental que se encuentra en el expediente relacionada con la calificación de

origen y pérdida de capacidad laboral que aceptó la demandada ARL Alfa, como es el documento del 5 de mayo de 2011 en donde determina que la epicondilitis media, tenosinovitis de flexoextensores del carpo izquierdo y la bursitis de hombro derecho padecidas por el paciente son de origen profesional. Señala que en la fijación del litigio como en el decreto de pruebas, se indicó que no se debatiría el origen de las patologías cuando se decretó el dictamen pericial, por lo que perjudica que se haya modificado el origen, aún si el dictamen de la Universidad Nacional no hubiese cambiado, puesto que no era debate ni fue solicitado por la demandada.

Parte demandada: Considera que se apreció equivocadamente los dictámenes que obran dentro del plenario como prueba, en la medida en que existiendo entre ellos el proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es el único que debe apreciarse desde el punto de vista probatorio, teniendo en cuenta que la Junta en mención la entidad de cierre en materia de calificación de invalidez, como claramente lo dispone artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de lo cual, como puede observarse, se trata de un proceso absolutamente reglado, en el que se definen con claridad cuáles son los entes llamados a practicar los dictámenes de calificación de invalidez y las instancias respectivas. Ahora bien, si la demandante consideraba que sus discapacidades y minusvalías habían aumentado con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional, el procedimiento a seguir era solicitar una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral, y no acudir directamente a la justicia ordinaria pretendiendo hacer valer un dictamen rendido por un médico particular, lo que es inaceptable desde el punto de vista legal.

CONSIDERACIONES

Enfermedades de la demandante

No se controvierte que a la demandante le fueron diagnosticadas las patologías denominadas *"TENOSINOVITIS DE FLEXO EXTENSORES DE LA MANO BILATERAL, SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR D., EPICONDILITIS MIXTA BILATERAL. S. SOBREUSO DE MMSS Y SÍNDROME DEL TUNEL DEL CARPO D LEVE"*

Es de anotar que se le han realizado varias calificaciones, las que se resumen de la siguiente manera:

1. EPS FAMISANAR la califico el 18 de febrero de 2008 y 5 de mayo de 2011 y determinó como de origen profesional las patologías Epicondilitis media y latera D y tendinitis de extensores del carpo D (Tenosivitis de Quervain) y bursitis hombro D.

2. ARP SEGUROS DE VIDA ALFA califico a la actora el 21 de octubre de 2010 y el 3 de mayo de 2012, estableció que las patologías Epicondilitis media y latera D y tendinitis de extensores del carpo D y Síndrome del túnel carpiano D en fase I son de origen profesional.
3. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante Dictamen No 51787655, estableció que el origen de las enfermedades STC, Bursitis del hombro, Epicondilitis lateral y medial, otras Tenosinovitis y sinovitis, es profesional. Determino PCL del 16,23% con Deficiencia 8,43%, Discapacidad 2,8% y Minusvalía 5,00% y FE: 15/07/2013.
4. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 14/11/2013 en el dictamen No 51787655 estableció que las enfermedades STC, Bursitis del hombro, Epicondilitis lateral y medial, otras Tenosinovitis y sinovitis, son de origen Profesional. La PCL fue determinada en el 16,23% y FE: 15/07/2013. Ratificó el concepto de la junta regional.
5. EPS FAMISANAR el 25 de junio de 2017 determinó la patología Síndrome del Manguito rotador bilateral como de origen común (fl. 53 a 57).

Origen de la patología del demandante

Es indudable para esta Sala que el Juez al carecer de conocimientos médicos y científicos debe apoyarse en pruebas de carácter especializado que le permitan dirimir tal controversia. Al efecto la ley contempla la posibilidad de recurrir a la prueba pericial, la cual si bien no es la única válida para determinar el origen de una patología, es de gran referente en el momento de tomar una decisión. Esta prueba puede ser complementada o refutada por otros medios probatorios.

Importa destacar que dentro del trámite Judicial se practicó un peritazgo rendido por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ, FACULTAD DE MEDICINA, DEPARTAMENTO DE MICROBIOLOGÍA, PROYECTO DE EXTENSIÓN MEDICINA LABORAL, CONCEPTO PERICIAL: MÓNICA MEDINA MONTOYA CC 51787655 (fls. CD FL. 418), el cual concluyó:

Diagnósticos	***Origen***
Tenosivitis de Quervain	*Laboral*
Epicondilitis mixta bilateral	*Laboral*
Síndrome del Manguito rotador D.	*Común*
Síndrome del túnel del Caro bilateral	*Laboral*

Pérdida de Capacidad Laboral: *25.76%. Incapacidad permanente parcial.*

Fecha de estructuración: *20/07/2010.*

La inconformidad de la parte demandante se dirige a la determinación como de origen común de la patología Síndrome del Manguito rotador D., frente a lo cual se debe señalar este síndrome hace referencia a la patología tendinosa del manguito de los rotadores que surge como resultado de una lesión importante en el hombro, o una degeneración progresiva o un desgaste del tejido del tendón, como consecuencia de la actividad repetitiva por encima de la cabeza o levantar objetos pesados durante un período de tiempo prolongado.[1]

Ahora, revisados los análisis de puesto de trabajo que fueron realizados a la demandante el 13 de noviembre de 2007 (fls. 70 a 81), 28 de octubre de 2010 (fls. 82 a 98) y 14 de febrero de 2013 (fls. 99 a 113), no se advierte que dentro de sus funciones en el cargo de analista técnico dentro del Banco Popular, tuviese que realizar actividades consistentes en movimientos repetitivos o fuera del ángulo de confort, o manejo de cargas que pudieran ocasionar este tipo de lesiones, pues las allí descritas se circunscriben al manejo del sistema, truncamiento (cheques), manejo del teléfono y archivo de documentos, funciones que coinciden con las establecidas en el manual de funciones (fl. 65 a 69).

Debe tener en cuenta la parte demandante, que no se hace mención alguna al síndrome de manguito rotador en las diferentes instancias y por los diferentes entes, pues la patología calificada como de origen laboral es Bursitis de hombro, en particular en el dictamen de origen de fecha 5 de mayo de 2011 realizado por la EPS Famisanar (fls. 24 a 28) con el cual estuvo de acuerdo Seguros de Vida Alfa según comunicación del 11 de noviembre de 2011 (fl. 49). Se resalta que a pesar de la relación que pueda existir entre el Síndrome del manguito rotador y la Bursitis de hombro, lo cierto es que al plenario no se allegaron medios de convicción que lleven a esa conclusión en este caso en particular.

Ahora en relación con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, no es posible establecerlo en el 31% como pretende la demandante, pues la base de esta petición es el dictamen aportado junto con la demanda (fls. 12 a 17) y que fue rendido por la Medico Especialista en Salud Ocupacional Diana Milena Triana Gómez, en el cual se incluyó la patología tendinitis de manguito rotador; patología que como se expuso

---

[1] ***"Tendinopatía de los tendones del manguito de los rotadores***
El tendón del supraespinoso, probablemente por su importante participación en la elevación de la extremidad superior es el tendón que se ve afectado con mayor frecuencia. Su estructura es única y bastante compleja, ya que está formado por entre 6 y 9 fascículos paralelos independientes (Fig. 2.2-1) con proteoglicanos (probablemente ácido hialurónico) entre ellos que favorecen el deslizamiento. Se puede afirmar que la patología tendinosa del manguito de los rotadores sigue habitualmente un proceso evolutivo, iniciándose como una tendinopatía reactiva que evoluciona hacia una tendinosis o tendinopatía degenerativa. Al progresar, aparecen pequeñas roturas tendinosas parciales de origen degenerativo, que pueden progresar pasando a ser de espesor completo.
La etiología podría resumirse diciendo que se trata de un proceso de sobrecarga y sobreutilización (como la gran mayoría de las tendinopatías)."

no es calificada como de origen profesional y por tanto se debe excluir al realizar la ponderación. En todo caso, La Sala encuentra acorde la calificación realizada por el A quo, al tener en cuenta las patologías diagnosticadas a la demandante y que arrojo una PCL del 24.25%, por lo cual se debe confirmar la sentencia apelada.

En lo que tiene que ver con la condena en costas, deberá la parte actora deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., los cuales establecen los conceptos a tener en cuenta dentro de la liquidación de costas y la oportunidad procesal para controvertir la respectiva liquidación.

Finalmente, en relación con el argumento de la parte demandada frente a la competencia de esta jurisdicción en su especialidad laboral para conocer de procesos que versen sobre la calificación de la perdida de la capacidad laboral, se le pone de presente que se trata de un conflicto jurídico, y por tratarse de la seguridad social es el Juez del Trabajo el llamado a dirimirlo, tal como lo expuso la SL CSJ en la Sentencia del 29 de septiembre de 1999, Radicación No. 11910. M.P. Germán G. Valdés Sánchez, así:

> *"(…)*
> *"La negativa parcial o total de la pensión de invalidez es, en esencia, un conflicto jurídico y como tal, su conocimiento está atribuido por la Constitución Política y por la propia ley laboral al juez del trabajo (artículo 2º del CPL). La jurisdicción como facultad del Estado para dirimir los conflictos, corresponde a los órganos judiciales y no puede ser transferido a los particulares, como son las Juntas en cuestión, dado que ellas no administran justicia.*
>
> *Bajo el anterior planteamiento, es evidente que los artículos 41, 42 y 43 de la Ley 100 de 1993 no podían colocar en cabeza de entes privados (juntas regionales y nacional de calificación de invalidez) la competencia y la jurisdicción para definir un conflicto jurídico que suscite el reconocimiento de la pensión de invalidez, lo cual no se opone a ratificar, como ya se dijo que son tales entes los únicos facultados por la ley para emitir el dictamen sobre el grado de reducción de la capacidad laboral de una persona, como fundamento de su pretendida pensión de invalidez"*

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirmar. Sin costas en esta alzada.

DECISIÓN

En mérito de 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,

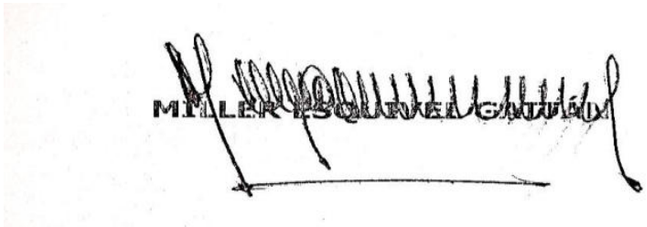
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALFONSO DÍAZ HERNÁNDEZ CONTRA SINDICATO DE VOCEADORES DE PRENSA REVISTAS LOTERÍA Y DEMÁS PUBLICACIONES EN GENERAL - SINPRENLO. Rad. 2017 – 00706 01. Juz. 8.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS ALFONSO DÍAZ HERNÁNDEZ demandó al SINDICATO DE VOCEADORES DE PRENSA REVISTAS LOTERÍA Y DEMÁS PUBLICACIONES EN GENERAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 a 7.

PRINCIPALES:

- Se declare la existencia de un contrato realidad desde el 3 de diciembre de 2009 al 3 de diciembre de 2017 mediante contrato de trabajo a término indefinido.
- Se declare que la relación laboral terminó sin justa causa.
- Se condene a la demandada al pago de salarios adeudados, liquidación de prestaciones sociales con el salario real devengado.
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Intereses moratorios.
- Aportes a seguridad social en pensiones.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Moratoria del artículo 65 del C.S.T.

SUBSIDIARIAS:

- Se declare que existió una relación laboral entre las partes desde el 3 de diciembre de 2009 al 3 de diciembre de 2017 mediante contrato de trabajo a término fijo.
- Declare que el actor fue despedido sin justa causa.
- Se condene a la demandada al pago de salarios adeudados, liquidación de prestaciones sociales con el salario real devengado.
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Intereses moratorios.
- Aportes a seguridad social en pensiones.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4 Manifiesta que el actor fue vinculado por la demandada mediante contrato de prestación de servicios el 3 de diciembre de 2009 y a partir del 3 de diciembre de 2010 le han hecho firmar contratos de prestación de servicios, los que a partir del 3 de diciembre de 2013 se han prorrogado de forma indefinida, que siempre ocupó el cargo de "administrador de servicios casa de Tocaima" centro vacacional ubicado en El Madrigal Tocaima y que el 3 de diciembre de 2017, la demandada le comunicó que no renovaría el contrato. Menciona que conforme al contrato se comprometía a "la realización específica de otras tareas relacionadas, sin que esa relación cause la negación de otras conducentes al objeto de los fines contratados" y debía "atender a los directivos y afiliados del sindicato…", por lo que debía tener una disposición de 24 horas los 7 días de la semana. Afirma que el salario inicial fue de un mínimo legal y el derecho de habitar el inmueble junto con su familia. Manifiesta que siempre le descontaron del salario el valor del giro, flete o costo de envió y que nunca le cancelaron prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a seguridad social.

<u>Actuación Procesal</u>

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, el SINDICATO DE VOCEADORES DE PRENSA REVISTAS, LOTERÍAS Y DEMÁS PUBLICACIONES EN GENERAL – SINPRENLO contestó en los términos del escrito visible a folios 49 a 62 y 86.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación del demandante a través de un contrato de prestación de servicios, la ubicación del centro vacacional, el hecho relacionado con la atención

a los directivos y afiliados del sindicato y que no se cancelaron prestaciones sociales, vacaciones ni aportes a seguridad social e indicó que el demandante percibía el 50% de las utilidades que generaba la administración.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada SINPRENLO de las pretensiones y declaró probada la excepción propuesta de inexistencia de la relación laboral propuesta por la demandada y se relevó del estudio de las demás excepciones. La juez encontró que conforme a los documentos aportados, el objeto del contrato fue la administración de la casa vacacional y por tanto estaba cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., y que si bien el representante legal de la demandada no asistió a la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y se tuvieron como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, también observó que se aportaron 2 contratos de arrendamiento de la casa vacacional suscritos entre las partes y conforme a los testimonios, se podía entender desvirtuada la presunción citada, por cuanto el demandante no estaba subordinado, no tenía supervisión y el horario dependía de las visitas que se realizaran al lugar, lo que generalmente eran en vacaciones, puentes o festivos; no recibía ordenes de la parte demandada sino algunas recomendaciones esporádicas cuando los directivos visitaban el lugar. Además, obtenía ganancias de los productos de ventas en el bar. Por lo que declaró probada la inexistencia de la relación laboral. En cuanto a las pretensiones subsidiarias igualmente señaló que no procedían pues dependían de la declaratoria de la existencia de la relación laboral.

Recurso de apelación

El apoderado de la **parte demandante** manifiesta su inconformidad con la decisión, pues argumentó que el lugar de vivienda dado en alquiler no es todo el lugar, sino que la vivienda quedaba aparte, por lo que las actividades contratadas por la demandada eran respecto de la casa vacacional. Que se debía desligar la labor realizada de lo que era el lugar de residencia del demandante, pues los contratos de prestación de servicios tenían como objeto cuidar la casa vacacional y el mantenimiento del lugar. Que conforme a los testimonios allí recaudados, no existía un jefe inmediato, pero sí en la ciudad de Bogotá y le daban instrucciones sobre las

labores que debía desarrollar, que su labor era la de vigilancia, no tenía autorización para subcontratar y estaba sujeto a controles de los gastos del centro vacacional y no tenía facultad para permitir ingreso de otras personas, no cumplía horario porque era un trabajador de confianza y manejo por lo que considera demostrada la subordinación, lo que da lugar a imponer las condenas solicitadas.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó en esta etapa procesal.

Parte demandada: Solicita se confirme la sentencia proferida e informa que la pasiva no se pronunció en término.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* que en este caso radican en la existencia de un contrato realidad entre las partes y de ser procedente de las condenas solicitadas en la demanda.

De la existencia del contrato realidad.

La apoderada de la parte demandante, manifiesta su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia en su totalidad, por lo que en primer lugar se pasa a revisar si entre el actor y SINPRENLO existió un contrato realidad o por el contrario existía un contrato de prestación de servicios y en caso de prosperar la pretensión se analizarán los demás puntos.

El contrato realidad tiene su origen en dos presunciones, por una parte, el artículo 24 del código sustantivo que reza: "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"* y por otra parte, el numeral 2 del artículo 23 del CST expresa que: "*Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".*

Como solicita la parte actora que se declare la existencia de un contrato realidad entre el actor y SINPRENLO, se revisan todas las pruebas allegadas al proceso por las partes respecto a la existencia de la prestación del servicio para proceder a resolver si se debe tener por acreditado el contrato o si por el contrario lo realmente existente fue un contrato de prestación de servicios.

A folio 19 a 27 obran los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, el primero de ellos el 3 de diciembre de 2010, donde se indica como objeto "*contrata los servicios técnicos del contratista a fin de cuidar y vigilar la casa vacacional con nombre El Madrigal ubicada en el municipio de Tocaima, comprometiéndose a la vigilancia y cuidado de los arreglos locativos de la piscina, zonas verdes, zona de recreo y habitaciones*." A folios 64 a 68 obra el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes el 3 de diciembre de 2011, por una habitación, cocina y baño ubicados entre la piscina y el bar de la casa vacacional El Madrigal y que se destinan para uso de la vivienda del arrendatario y su familia y a folios 71 a 75 nuevo contrato por el mismo inmueble a partir del 3 de diciembre de 2014. Se cuenta con contrato suscrito por las partes el 3 de diciembre de 2013 cuyo objeto fue el de contratar al actor para el cuidado y vigilancia de la casa vacacional El Madrigal ubicada en el Municipio de Tocaima. (fls. 69 a 70)

A folio 78 se observa copia parcial del acta según la cual el arqueo de Tocaima del 22 de enero dejó unas ganancias de $1.518.000 que se divide en 50% para la organización y el 50% para el administrador (demandante) y se indica que se mandó a instalar el gas en cada cocina y se autorizó a Don Luis a votar los colchones del primer piso. A folio 79 obra acuerdo suscrito entre las partes conforme al cual el contrato de prestación de servicios y el de arrendamiento terminaba el 3 de diciembre de 2017 y se le otorgaba un plazo de 3 meses para la restitución del inmueble arrendado y se hacía entrega de una bonificación de $1.000.000 a cancelar a la entrega del inmueble.

A continuación, se pasa a revisar la prueba testimonial que fue allegada al proceso y que fue mencionada en el recurso, de la siguiente manera:

MARÍA AURORA LAGUNA GALEANO (esposa del demandante), manifestó que estuvo presente cuando lo contrataron para trabajar en El Madrigal por el sindicato desde el 3 de diciembre de 2009, que firmaron un contrato laboral donde incluía vivienda pero que para evitarse problemas más adelante, firmaron el contrato de arrendamiento y le descontaban $20.000 mensuales por una habitación, una cocina, sala comedor y un baño; que el contrato era como administrador y él atendía la gente, el bar, y hacía los arreglos que él pudiera hacer, que salió el 3 de diciembre

de 2017 y la razón por la que dejó de laborar fue porque le dijeron que ya no necesitaban los servicios de él. Que el lugar es del sindicato y allí los del sindicato vienen a pasar los fines de semanas, que es como "un hotelito", él hacía la vigilancia, el aseo de la piscina, patio, entrada, salones lo que se hacía en la mañana y lo del bar era en la noche, los fines de semana, en semana santa y fin o comienzo de año y ella se encargaba del arreglo y adecuación de habitaciones, lavado de sabanas y toallas. En cuanto al bar dice que él estaba a cargo de la venta de las bebidas y también administraba el lugar, que las personas venían a inicio y fin de año, semana santa, vacaciones y puentes o algunos cada 8 o 15 días a veces. Dice que le pagaban el mínimo legal y que no recibía ningún otro pago; respecto al porcentaje de las utilidades manifiesta que no le consta que él recibiera utilidades y que estaba afiliado al SISBEN, Convida desde hace bastante. Dice que los visitantes pagaban lo del bar que era lo único que se recibía y con ese dinero volvía a comprar y las ganancias se las entregaba al sindicato cada 6 meses o cada año. No había ninguna persona encargada de ejercer control sobre las actividades que él realizaba ni vigilaban horario, pero cuando ellos venían, si se dañaba algo lo llamaban a él.

DANIELA PAOLA FIGUEROA (nuera de DÍAZ HERNÁNDEZ), manifestó que tiene entendido que lo contrataron para administrar El Madrigal, que trabajo casi 8 años, que los conoció en el 2012 o 2013 y estuvo mucho tiempo en la casa, cuando ellos ya vivían ahí y sabe que al momento en que se cerró el lugar no le cancelaron lo que le correspondía como liquidación. Él se encargaba del lugar, las habitaciones, atender la gente, limpiar la piscina y el mantenimiento de la casa, ellos le comentaban que le pagaban el mínimo, que le consignaban y lo llamaban para avisarle. Sabe que le entregaban el dinero para los recibos de servicios públicos. Que no podían dejar la casa sola siempre y se quedaba uno. Que la esposa le colabora en el aseo de la casa y el atendía el bar. No vio que el presidente del sindicato le diera ordenes porque ella se retiraba cuando ellos llegaban.

JUAN ARIEL DÍAZ LAGUNA (hijo del accionante) dice que vivían en el lugar desde el 3 de diciembre de 2009, su trabajo era mantener la casa, la piscina, el bar, los arreglos, atender la gente que llegaba, que él se la pasaba en la casa porque no tenía trabajo y le colaboraba a su padre, dice que le rendía cuentas al presidente respecto del bar, le hacían arqueo y el inventario se efectuaba cuando venían y le avisaban mediante cartas. Dice que no sabe porque terminó el vínculo pero que estuvo allá hasta diciembre de 2017, sabe que recibía un sueldo, pero no su valor. Respecto del 50% de las utilidades dice que no se daban servicios a particulares y dice que sobre el bar si recibía dinero, pero rendía cuentas cuando venían a hacer el arqueo el presidente o el tesorero y que pedía autorización para hacer los arreglos

locativos, él (testigo) siempre estaba en la casa y está afiliado a Convida en el régimen subsidiado desde hace bastante tiempo.

VIVIANA PAOLA CONTRERAS, dijo que el demandante fue su suegro, que lo conoce desde hace 14 años, cuando era taxista y luego lo contrataron para cuidar el hotel El Madrigal que era de la prensa, no sabe las condiciones del contrato, pero sí que era el encargado de mantener la casa, la piscina, la gente que llegaba; ella los visitaba de vez en cuando venía a dejar a su hijo y veía que él estaba pendiente de la casa; dice que no le consta pero tiene entendido que recibía un salario mínimo, y que la esposa era la que le ayudaba en el aseo y la atención a la gente, no conoce qué control ejercían los propietarios del lugar como tampoco que recibiera otro ingreso, no cree que tuviera establecido un horario pero sabe que aunque la gente llegara tarde tenía que estar pendiente.

Conforme a las pruebas documentales y los testimonios, se puede establecer que en efecto se desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., pues el demandante tenía a su cargo la administración de la casa vacacional El Madrigal y había suscrito con la demandada un contrato de arrendamiento de una parte del inmueble donde residía con su familia, suma que se descontaba del pago mensual de sus honorarios y conforme a los testigos, el lugar no estaba abierto al público en general sino que la atención estaba restringida a los que pertenecían al Sindicato quienes venían a inicio y fin de año, semana santa, vacaciones y puentes o algunos cada 8 o 15 días; que la organización sindical cancelaba el valor de los servicios públicos y no había ninguna persona encargada de ejercer control sobre las actividades que él realizaba ni vigilaban el horario. Adicionalmente los visitantes cancelaban el consumo del bar y con ese dinero se volvía a comprar y que él rendía cuentas cada seis mes o un año, lo que es coherente con la documental aportada por la demandada conforme a la cual se distribuían las utilidades entre la organización sindical y el administrador en porcentaje del 50% para cada uno.

De lo anterior, se concluye que en efecto se trataba de un contrato de prestación de servicios para administrar la casa El Madrigal sin subordinación ni dependencia respecto de la organización sindical, pues rendía cuentas del producido del lugar y conforme a los testimonios no tenía supervisión alguna.

En consecuencia, se **CONFIRMA** en todas sus partes la sentencia apelada.

COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ARTURO GÓMEZ ORTIZ CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES- CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Rad. 2018 – 00130 03. Juz. 12.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS ARTURO GÓMEZ ORTIZ demandó a FIDUCIARIA LA PREVISORA ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES- CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 6 y 95 a 99.

- Declaración de existencia de contrato de trabajo a término indefinido.
- Beneficios extralegales de la convención colectiva de trabajo 1997-1998 y siguientes 2012-2013 celebrada entre Caprecom y Sintracaprecom.
- Cesantías.
- Vacaciones.
- Prima legal de junio.
- Prima semestral de diciembre.
- Prima de navidad.
- Prima de servicios.
- Prima de vacaciones.
- Prima extralegal de vacaciones.
- Auxilio convencional de transporte.

- Prima convencional de retiro.
- Bonificación de recreación convencional.
- Devolución de los aportes al sistema de seguridad social.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 11. Caprecom vinculo al demandante por intermedio de la cooperativa de trabajo asociado COOPINTRASALUD. La prestación del servicio inicio el 12 de diciembre de 2009. El cargo desempeñado por el demandante fue el de técnico en aseguramiento en la territorial de Caprecom en Bogotá. La asignación mensual ascendió a la suma de $1.100.000 y la intermediación de la cooperativa fue hasta el 30 de marzo de 2011. la segunda vinculación fue con la cooperativa de trabajo asociado Coopservicios desde el 1 de abril de 2011 hasta el 30 de mayo de 2012, con una asignación mensual de $1.516.862. El contrato de prestación de servicios OR11-135 de 2012 inició el 1 de junio de 2012 al 30 de junio de 2012 con una asignación mensual de $1.971.804. Suscribió el contrato de prestación de servicios ON11-1022 que iba desde el 1 de julio al 31 de agosto de 2012 con una asignación mensual de $1.861.546. el contrato de prestación de servicios ON11-3516 suscrito el 1 de diciembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012, con un salario de $1.792.549. la orden de prestación de servicios ON11-056 con fecha de inicio del 1 de abril de 2013 y hasta el 30 de noviembre del mismo año, con un salario mensual de $1.792.549. El 29 de noviembre de 2013 suscribió contrato OR11-056 que inicio el 1 de diciembre de 2013 y la vinculación formal fue hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad. La orden de prestación de servicios OR11-069 que inicio el 2 de enero de 2014 al 30 de abril de 2014. La orden de prestación de servicios OR11-180 que inicio el 2 de enero de 2015 y fue hasta el 30 de junio del mismo año, con una asignación básica mensual de $1.792.549. CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, sin mediar justa causa terminó el contrato de trabajo del demandante el 14 de enero de 2016. La demandada siempre fijo los salarios por un valor global a la duración del contrato, quantum que al dividirlo por el número de meses resultaba ser la remuneración mensual. El actor recibió como último salario la suma mensual de $1.792.549. Siempre se desempeñó en el cargo de técnico profesional de apoyo a la gestión del área financiera de la territorial en Bogotá. Suscribió con la accionada un total de 10 contratos de prestación de servicios y dos vinculaciones por intermedio de cooperativas de trabajo asociado. Durante toda la vigencia de la relación laboral, el demandante cumplió horario de lunes viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., incluso algunas veces presto servicios en horarios extendidos nocturnos,

sábados y domingos. Los jefes inmediatos del actor siempre fueron trabajadores de planta de Caprecom. La demandada no le pago al accionante las cesantías de los años 2012 a 2016, no cancelo vacaciones de los años 2012 a 2016, lo equivalente a la prima convencional y semestral, las primas de junio, la prima convencional de navidad, la prima de vacaciones, el auxilio convencional de transporte mensual, la prima convencional de retiro, la bonificación anual de recreación y demás derechos convencionales. El demandante presento reclamación administrativa ante Fiduciaria La Previsora S.A. el 5 de octubre de 2017.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, la demandada contestó en los siguientes términos:

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 73 a 91.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la existencia y liquidación de Caprecom, el impago de prestaciones sociales, vacaciones, beneficios convencionales de los años 2012 a 2016.
- Formuló como excepciones previas; falta de integración de litis consorcio necesario, falta de legitimación por pasiva, falta de competencia, inepta demanda por falta de requisitos formales y prescripción.
- Formulo como excepciones de fondo; inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago y buena fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

> ***PRIMERO***- ***DECLARAR*** *la existencia de contrato de trabajo entre el señor* ***CARLOS ARTURO GÓMEZ ORTIZ*** *y* ***LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM EICE LIQUIDADO****, entre:*
>
> *1. Del 31 de mayo del 2012 y 31 de agosto de dicha anualidad.*
> *2. entre el 1 de abril del 2013 y hasta el 31 de enero del año 2016.*
> *Por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*

SEGUNDO- CONDENAR *a la demandada* ***FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADO,*** *a pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:*

1. *Por concepto de cesantías $5.049.013,02.*
2. *Por concepto de prima de navidad $4.989.261,38.*
3. *Por concepto de prima de servicios $1.792.549.*
4. *Por concepto de vacaciones $1.673.463.*
5. *Por la sanción moratoria del artículo 1 de la ley 797 de 1949 desde el 1 de mayo del 2016 hasta el 27 de enero del año 2017 en la suma de $16.252.444,27.*

Todo lo anterior con miras o con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión

TERCERO- ABSOLVER *a la* ***FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADO*** *de las demás suplicas de la demanda, conforme a la parte motiva de la presente decisión.*

CUARTO-DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada, a excepción de la prescripción respecto de la prima de servicios, causada para la vigencia del 2013 y respecto de la relación de trabajo celebrada o constituida entre el 28 de mayo del 2012 y el 31 de agosto de dicha anualidad, no probado en lo demás.*

QUINTO- CONDENAR *en costas a la parte demandada señalándose como agencias en derecho la suma de $1.500.000.*

SEXTO- CONDENAR *a la demandada* ***FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADO****, a la devolución de los aportes en materia de seguridad social en pensiones, pero, hasta el valor de un 75% de lo pagado por este concepto que es el cargo del empleador.*

Llego a esta decisión al establecer la existencia de dos contratos de trabajo. Considero que no le era extensiva la convención colectiva de trabajo por no haberse afiliado a esa asociación sindical y que la misma no tenía el carácter de mayoritaria. Declaro que la excepción de prescripción solo opera para la prima de servicios causada para la vigencia del 2013 y respecto de la relación de trabajo celebrada y constituida entre el 28 de mayo de 2012 al 31 de agosto de dicha anualidad. Las sumas deben ser indexadas al momento del pago. En relación con la terminación señaló que lo fue con ocasión a la expiración del plazo pactado, por lo que no procede la condena por indemnización por despido. Impartió condena por sanción moratoria desde el 1 de mayo de 2016 y hasta el 27 de enero del 2017. Condeno a la devolución de los aportes en materia de seguridad social, pero hasta el valor de un 75% de lo pagado por este concepto que es cargo del empleador.

Recurso de apelación

Parte demandante: considera que se debe declarar un solo contrato desde el 1 de septiembre de 2012, pues en los hechos se citó el número del contrato, los extremos temporales, el cargo y el salario, de tal manera que si existe total certeza de que Caprecom vinculo por OPS al actor. Consecuencia de la declaratoria de un solo contrato se reliquiden las prestaciones reconocidas y las vacaciones. En relación con la prescripción señala que se debe contabilizar desde la finalización del contrato tal como se expuso en la sentencia SL 16528 de 2016. Señala que la CCT si aplica a todos los trabajadores oficiales incluso a los que no se encontraban vinculados a la organización sindical de Caprecom, por cuanto esta organización sindical agrupaba a más de las tres terceras cuartas partes, en consecuencia proceda a reconocer los derechos convencionales solicitados. Solicita se acceda a la indemnización por despido sin justa causa, pues el contrato de trabajo fue terminado de forma legal pero sin justa causa y no por vencimiento del plazo. En relación con la sanción por no consignar las cesantías señala que en virtud del decreto 1252 del año 2000 en su artículo 1 en donde expresamente se extiende todos los efectos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, a todos los trabajadores oficiales empleados públicos, esto es servidores del estado, que se han vinculados con posterioridad al 1 de febrero del año 2000.

Parte demandada: considera se debe revocar la sentencia en su numeral primero, pues de las pruebas declarativas quedo consignado que había trabajadores de planta y contratistas de servicios que prestaban funciones similares, pues la extinta Caprecom no contaba personal que pudiese efectuar estas labores. Considera que la prescripción se debe declarar desde el 5 de octubre del 2014 al tener en cuenta el término trienal a partir la reclamación administrativa y la misma se debe hacer extensiva a las demás condenas. Solicita se haga una verificación de la liquidación efectuada de forma íntegra por el despacho. Señala que se le debe absolver de las condenas por devolución de aportes pues no se demostró su pago. Solicita se confirmen los extremos establecidos en la sentencia. No se probó que los derechos convencionales le eran extensibles al actor por lo que no procede condena alguna en este sentido. Finalmente en relación a la sanción por no pago de las cesantías se tiene que esta no es aplicable para los trabajadores oficiales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: señala que en el presente caso la contratación por OPS era justificada y cumplía los criterios legales, y de los documentos y testimonios, las funciones alegadas, los horarios y el modo de la prestación señalada, no se alejan de coordinación que debe efectuar todo contrato en la administración pública, por lo que no existió prueba contundente que evidenciara la subordinación alegada. Sobre los Derechos Convencionales, solicita se confirme su no aplicación, puesto que no se cumple la formalidad establecida en el artículo 469 del C.S.T, y la jurisprudencia. Respecto a la condena por indemnización moratoria del Decreto Ley 797 de 1949, es necesario indicar, que no es procedente toda vez que la entidad accionada actuó de buena fe, claramente para la extinta Caprecom, no existía fundamento legal para para realizar dichos pagos, máxime cuando administraba recursos públicos, sujetos únicamente a disposición legal. De igual forma, ruega se confirme la prescripción declarada, y que con la misma se valoren los conceptos de cesantías, prima de navidad, prima de servicios y vacaciones, para que se ajuste a los honorarios probados en el proceso y a las reglas de liquidación de este tribunal.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO ADMINISTRADO POR LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados[1].

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documentales obrantes a fls. 21 a 26 consistentes en la reclamación de acreencias laborales de fecha 5 de octubre de 2017 junto con la respuesta ofrecida por la entidad, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

[1] *Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.*

Existencia de la Relación Laboral

Conforme se precisó en el resumen de los antecedentes, el tema se contrae a determinar si entre las partes existió un vínculo laboral que permita derivar los derechos que reclama el demandante. Para resolver la controversia se debe recordar que la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM fue una Empresa Industrial y Comercial de Estado vinculada en su momento al Ministerio de Comunicaciones, por lo que sus empleados por regla general son trabajadores oficiales, luego el régimen jurídico aplicable a las relaciones individuales de trabajo de estas entidades será el Decreto 2127 de 1945 que reglamentó la Ley 6 de igual año, que en el artículo 2 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos: a) La actividad personal del trabajador; b) La dependencia respecto del patrono que otorga a este la facultad de imponer un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada y no instantánea o simplemente ocasional y c) El salario como retribución del servicio. Reunidos estos elementos el contrato de trabajo no dejará de serlo por virtud del nombre que se le dé…[2]

Se escuchó el testimonio de **Aura Yolanda Martínez,** quien fue empleada de Caprecom y tuvo vinculación por orden de prestación de servicios durante los años 2009 a 2016. El lugar de prestación de servicios asignados fue la 26 con 68 y después la regional Bogotá en el Parkway. Fue compañera de trabajo del demandante durante los años 2013 al 2016. Dice que el señor Gómez tenía a cargo la radicación de facturas, digitalización y archivo de facturación de lo que llegaban de diferentes EPS. Su puesto de trabajo era contiguo al demandante. Los elementos de trabajo eran propiedad de Caprecom. Ingresaban con un usuario institucional al programa llamado seven, al cual se podía acceder únicamente en la sede de Caprecom. A veces se quedaban trabajando más allá del horario estipulado. La jefe era la señora Inés Morales y era la encargada de dar las indicaciones a ellos. Dentro de la planta de Caprecom EICE, había personas que cumplían las mismas tareas del señor Carlos, había una señora que se llamaba Patricia Guerrero. El perfil que pedía Caprecom era de técnico. El contrato de Carlos se acabó en 2016 porque dijeron que Caprecom estaba en liquidación y acabaron los contratos de todas las personas que tenían órdenes de prestación de servicios. Ella estaba en el área de presupuestos.

[2] Artículo 3 Decreto 2127 de 1945

De igual manera rindió declaración la señor **Cleofe Johanna Ortiz del Valle**, quien dijo se vinculó a Caprecom por OPS desde junio de 2012 hasta diciembre de 2015. Compartió con el demandante la sede de trabajo ubicada en la avenida 26 con 68 desde junio de 2012 hasta mayo del 2013 y luego pasaron a la territorial Bogotá, que es en Teusaquillo en el barrio la soledad. El señor Gómez era técnico administrativo en el área financiera que radicaba la facturación y hacia toda la digitalización de las facturas en el aplicativo de seven y llevaba todo el inventario de facturación, estuvo vinculado hasta que se liquidó Caprecom en enero de 2016. Ella tenía su puesto de trabajo al lado de la oficina del demandante. El cumplía horario de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm y si tenían que ir en otros horarios el jefe les indicaba. Ellos tenían que registrar la hora de llegada y de salida y el jefe inmediato estaba pendiente de esos horarios, los guardias de seguridad llevaban una bitácora para este control. Los jefes inmediatos de Carlos era La doctora Inés era la líder financiera, y la doctora Carmen Helena Guerrero que era la jefe de territorial Bogotá. La doctora Inés era la que le daba todas las indicaciones y órdenes a Carlos en la ejecución de su trabajo. Seven era una aplicativo que utilizaban para realizar sus funciones, en este se ingresaba la información, las facturas y todo el tema de digitalización. El programa solo podía ser utilizado en la institución. Cada usuario era personal porque les asignaban un usuario personal y contraseña. Dice que el contrato del demandante se terminó porque Caprecom entro en liquidación y le enviaron una carta de terminación del contrato. Había personal de planta que hacía y desempeñaba las mismas actividades que ellos Delfi campos, Nancy Díaz, Rita Janeth Díaz, fausto Sánchez, eran personas de planta que ella conoció. Respecto de Carlos no sabe si había un supervisor del contrato. La vinculación que tenía Carlos Gómez era por orden de prestación de servicios. Tenía que presentar un informe de actividades para dar cuenta de las labores que ejecutaba y el pago de la seguridad social.

El testigo **Feyer Alejandro Roldan Alfonso** al rendir su declaración dijo que estuvo vinculado con Caprecom EICE por OPS desde agosto de 2012 a diciembre de 2014. Desempeño el cargo de coordinador de cuentas médicas. Las jefes directas era la señora Inés que era la jefe o líder de la territorial Bogotá, era su jefe inmediata. Manuel Sierra era el líder operativo, todas estas personas nombradas eran trabajadores de planta. La actividad que desempeñaba el señor Carlos Gómez era de analista operativo, que se dedicaba a hacer facturación de cuentas médicas en el aplicativo Seven. El señor Gómez presto servicios a Caprecom hasta el año

2016. El declarante salió de la empresa en 2014 porque se le acabo el contrato y no se lo renovaron más. Las tareas operativas del señor Carlos consistía en que llegaba a las 8:00 am hasta las 5:00 pm, digitalizaba cuentas, contestaba correos, y estaba pendiente de montar CRPS comprobante de reconocimiento y pago para las diferentes IPS. Al señor Carlos se le entregaban implementos que constaban en un acta en el momento de posesión del cargo. Era jefe inmediato de Carlos en el momento que estuvo vinculado a la empresa. Vigilaba que las facturas tuvieran comprobante de pago y a quien entregársele el comprobante para hacer el giro de las EPS a la diferentes IPS, controlaba y supervisaba las actividades laborales del señor Carlos. La entrada se controlaba por medio de un carnet de ingreso con los datos de cada uno de ellos y el logotipo de Caprecom, a la entrada estaba el guardia de seguridad donde tenía que firmar una planilla de ingreso y mostrar el carnet personal. En ningún momento el demandante falto a su puesto de trabajo y a sus actividades, hubo una continuidad en la prestación de servicio. Todos los contratistas debían seguir asistiendo así no tuvieran contrato vigente, básicamente se empezaba a remunerar a la firma del contrato. Seven era un programa financiero de propiedad exclusiva de Caprecom EICE, solo lo podían utilizar dentro de las instalaciones de Caprecom, Cada uno tenía un usuario y clave personal para ingresar a esta base de datos, el correo era asignado desde la institución. Había personal de planta entre ellos las personas que menciono anteriormente como Nancy Díaz, Patricia Guerrero y Fausto Sánchez quien entregaba los elementos para repartir a todos los contratistas. El demandante ingreso antes a Caprecom en el año 2012, trabajó todo el tiempo en facturación y pago. El tipo de vinculación fue por OPS.

Junto con la demanda fueron allegadas las siguientes documentales:

- OPS No. 0135-2012 del 28 de mayo de 2012 (fl. 29-32), con plazo desde 28 de mayo de 2012 y hasta el 30 de junio de 2012.
- OPS No. 1022-2012 del 3 de julio de 2012 (fl. 41-43), con plazo desde el 3 de julio de 2012 y hasta el 31 de agosto de 2012.
- OPS No. 241-2014 del 1 de julio de 2014 (fl. 34-36), con plazo desde 1 de julio de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2014.
- Certificación expedida por Caprecom EICE donde constan las siguientes OPS (fls. 44-45);
    - Orden OR11-056 con extremos del 1 de abril al 31 de diciembre de 2013.

  - Orden OR11-069 con extremos del 7 del 7 de enero hasta el 27 de junio de 2014.
  - Orden OR11-241 del 1 de julio al 31 de diciembre de 2014.
- Comunicación de la terminación del contrato de fecha 14 de enero de 2016 (fl. 49), en la cual se relacionan las siguientes OPS;
  - Orden OR11-069 con extremos del 7 de enero hasta el 27 de junio de 2014.
  - Orden OR11-241 del 1 de julio al 31 de diciembre de 2014.
  - Orden OR11-180 del 13 de enero al 30 de junio de 2015.
  - Orden OR11-448 del 1 de julio de 2015 al 31 de enero de 2016.

Conforme el Artículo 2° de la Ley 314 de 1996[3], la Caja de Previsión Social de Comunicaciones era una Empresa Industrial y Comercial de Estado que operaba en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Promotora de Salud (IPS) acorde con lo establecido con la Ley 100 de 1993, por lo que ofrecía a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud y en cumplimiento de la función de *"organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional…"*[4]. Resulta entonces claro que el objeto de los contrato de prestación de servicios suscritos con el demandante son afines al objeto misional de la entidad, estas características también son descritas por los testigos. Los cuales coinciden con las conclusiones a las que se llegó a través de otros medios de prueba y que por encontrar correspondencia entre ellas gozan de plena credibilidad. En esa medida la labor de prestación de servicios técnicos profesional de apoyo a la gestión del área financiera de la territorial Bogotá - Cundinamarca, corresponde a las labores que ordinariamente debía ejercer la demandada en desarrollo de su deber legal, por lo que en efecto entre el demandante y Caprecom existió un contrato de trabajo entre el 28 de mayo y el 31 de agosto de 2012, y desde el 1 de abril de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016, sin que se pueda establecer una única relación, como quiera que no existe medio probatorio que de certeza a esta Sala respecto de la prestación del servicio entre el 1 de septiembre de 2012 y el 31 de mayo de 2013.

Se le pone de presente a la parte demandante que si bien en los hechos identificados con los números 11, 11.1, 11.2, 11.3, 12, 13, 14, 15 y 16 se citó el contrato OR11-

[3] Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.
[4] Numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993.

1022 de 2012, de igual manera el mismo fue aportado como anexo a la demanda (fls. 41-43), y de su literalidad se tiene que se suscribió el 3 de julio de 2012 y finalizó el 31 de agosto de 2012, sin que se hubiese allegado prorroga u otrosí del cual se derive la continuación de este contrato. Por lo anterior se **confirma** el ordinal primero de la sentencia consultada y apelada.

Prescripción

Previo al examen de las condenas impuestas a cargo de la demandada así como las solicitadas por el actor en su apelación, procede la Sala con el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la encartada (fl. 90), verificándose en ésta instancia, que la reclamación administrativa con la cual se interrumpió la contabilización del término de prescripción, se presentó el 5 de octubre de 2017 (fls. 23 y 24), y la presentación de la demanda data del 2 de marzo de 2018 (fl. 69), razón por la cual sobre las acreencias derivadas del contrato de trabajo entre el 28 de mayo y el 31 de agosto de 2012, opero el fenómeno extintivo de la prescripción.

En lo que hace referencia al contrato entre ejecutado entre el 1 de abril de 2013 y el 31 de enero de 2016, se tiene que la reclamación elevada el 5 de octubre de 2017 (fls. 23 y 24), sin que hubiese transcurrido el termino trienal entre esta data, la terminación del contrato (31 de enero de 2016) y la presentación de la demanda (2 de marzo de 2018), razón por la cual las acreencias que se derivan de este vínculo contractual no se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo.

Beneficios convencionales

Previo al estudio de las condenas convencionales deprecadas, es necesario establecer la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que en primera instancia se absolvió de las mismas y este punto fue objeto de apelación por parte del demandante.

Al efecto, la Convención Colectiva de Trabajo fue suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM para la vigencia 2012 - 2013 y se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social, junto con acuerdo de ampliación de la vigencia de la convención antes descrita por el termino de cinco años, suscrita el 7 de junio de 2013,

documental allegada en medio magnético (fl. 56), precisa esta Sala que contrario a lo considerado por el A quo, el actor SI es beneficiario de la convención colectiva suscrita por CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM, pues se dio por probada la existencia de contrato realidad, en consecuencia la calidad de trabajador oficial del actor, aunado a que el sindicato firmante de la convención colectiva tiene el carácter de mayoritario, según da cuenta la misma convención (Art. 20 Convención Colectiva), lo anterior de conformidad con los artículos 470 y 471 del C.S.T. y la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Rad. 42605 del 20 de marzo de 2013, que hace referencia a la extensión de la convención colectiva a terceros cuando el sindicato tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

De igual manera, ante la ausencia de la denuncia de la convención y la falta de evidencia alguna que permita determinar que el accionante hubiese renunciado expresamente a los beneficios convencionales, se tiene que la misma se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2012 (Art. 77 Convención Colectiva) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., sumado a que no obra prueba en el proceso, de que la Asociación Sindical haya dejado de tener la representación mayoritaria.

Puestas así las cosas, se pasa al examen de las pretensiones convencionales no reconocidas (prima junio, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, auxilio de transporte, prima convencional de retiro y bonificación de recreación convencional), como también al estudio de la petición de indemnización por no consignación de las cesantías y a la revisión de las condenas impuestas en primer grado, previa determinación del salario devengado por la demandante del 2013 al 2016, para lo cual se tomara el referido en las certificaciones emanadas de la demandada (fls. 44 a 45 y 50 a 52) que corresponde a la suma de **$1.792.549.**

La **prima de junio** está consagrada en el artículo 49 convencional (fl. 62), la cual señala que se pagarán 15 días de salario por este concepto, en atención la prescripción de los derechos causados con anterioridad al **31 de enero de 2013**, se ordenará el pago de la prima causada en junio de los años 2013 a 2016. Por lo anterior el valor adeudado es de **$2.097.282** el que resulta superior al ordenado por el A quo -$1.792.549-, y se modifica en virtud de la apelación del demandante con relación a la prescripción**.** Punto en el que se **modifica** la sentencia.

PRIMA JUNIO				
AÑO	**SALARIO**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS**	**SUBTOTAL**
2013	$ 1.792.549	$ 59.752	3,8	$ 227.056
2014	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
2015	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
2016	$ 1.792.549	$ 59.752	1,3	$ 77.677
TOTAL				**$ 2.097.282**

En relación con la **prima de navidad,** la condena impartida lo fue por la de orden legal, frente a lo cual se debe señalar que recientemente la SL CSJ en sentencia SL 593 del 17 de febrero del 2021, adoctrino que el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968, solo torna excluyente esta prestación cuando el beneficiario tenga derecho a primas anuales de cuantía igual o superior que sean similares[5]. En consecuencia, como en las presentes diligencias no se acreditó que el actor devengara una prima anual de cuantía igual o superior a la aquí estudiada procede su condena. Sin embargo, a pesar que lo solicitado corresponde a la prima de navidad convencional (Art. 50 Convención Colectiva), lo cierto es que le resulta más favorable la legal por liquidarse con 30 días de salario[6], mientras que la convencional se liquidada tan solo con 15[7] días. Realizados los cálculos, por este concepto arroja la suma de **$5.108.765**, monto superior al que se fijó en la condena de primera instancia **-$4.989.261,38-**, sin embargo NO se modificará en virtud de la consulta en favor de Caprecom, además que el presente punto fue objeto de apelación por la demandada en aras de revisar su valor. Por lo anterior se **confirma** en este punto la sentencia.

[5] "En lo atinente a la supuesta incompatibilidad a la que se refiere el instituto convocado al proceso, dado que al demandante le fue reconocida la de servicios con venero en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, no es admisible, pues como se explicó en la sentencia CSJ SL, del 1º sep.2009, rad. 33676, para que se exima a un trabajador oficial de la prima de Navidad legal, es menester que se demuestre que tenía "derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación", consagradas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos internos de trabajo.

Ese supuesto no está probado en el asunto bajo escrutinio, pues la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo lo que consagró fue la prima semestral de servicios para compensar la legal que, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corte, no está prevista a favor de los trabajadores oficiales, sin que se haya demostrado, se insiste, que la demandante devengaba una prima anual extralegal que excluyera la legal de Navidad, ya que no es dable jurídicamente darles un tratamiento normativo igualitario a prestaciones de estirpe sustancialmente diferente."

[6] ARTICULO 51. DERECHO A LA PRIMA DE NAVIDAD. 1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una Prima de Navidad equivalente a **un (1) mes del salari**o que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, Prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

[7] ARTICULO 50. PRIMA DE NAVIDAD. CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores **quince (15) días** adicionales a los pagados actualmente por concepto de prime de navidad, los cuales no constituirán factor salarial.

PRIMA DE NAVIDAD					
AÑO	**TIEMPO LABORADO**	**SALARIO**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS PROPORCIONAL**	**SUBTOTAL**
2013	01/04/2013 a 31/12/2013	$ 1.792.549	$ 59.752	22,9	$ 1.368.312
2014	01/01/2014 a 31/12/2014	$ 1.792.549	$ 59.752	30	$ 1.792.549
2015	01/01/2015 a 31/12/2015	$ 1.792.549	$ 59.752	30	$ 1.792.549
2016	01/01/2016 a 31/01/2016	$ 1.792.550	$ 59.752	2,6	$ 155.354
TOTAL					**$ 5.108.765**

Ahora en cuanto al **auxilio de transporte**, tal como lo refiere la parte actora en la alzada este beneficio de acuerdo al artículo 47 convencional se concede a todos los servidores de Caprecom; en este asunto se reconoce a partir de octubre de 2013. Así las cosas, el auxilio de transporte debido asciende a **$2.464.200**. Punto en el que se **adiciona** la sentencia.

AUXILIO DE TRANSPORTE			
AÑO	**No. MESES**	**VR AUXILIO**	**SUBTOTAL**
2013	9	$ 70.500	$ 634.500
2014	12	$ 72.000	$ 864.000
2015	12	$ 74.000	$ 888.000
2016	1	$ 77.700	$ 77.700
TOTAL			**$ 2.464.200**

En cuanto a la **prima de retiro** del artículo 58 Convencional, esta se reconoce en cuantía de dos meses de salario al retiro del trabajador. Así las cosas, esta prima asciende a la suma de **$3.585.098**. Punto en el que se **adiciona** la sentencia.

PRIMA RETIRO		
SALARIO	**Cantidad**	**SUBTOTAL**
$ 1.792.549	2	$ 3.585.098
TOTAL		**$ 3.585.098**

En lo que tiene que ver con la **prima de vacaciones**, se advierte que la de orden legal no procede para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como lo es la extinta CAPRECOM, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, tal prerrogativa se aplica para aquellos del ORDEN NACIONAL como lo es la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas. No obstante, conforme lo previsto en el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo, que dispone que "*CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales conforme a lo establecido en la*

Ley", procede su reconocimiento, en cuantía equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio, por lo que le corresponde al demandante la suma de **$2.539.444**. Punto en el que se **adiciona** la sentencia.

PRIMA DE VACACIONES					
AÑO	**TIEMPO LABORADO**	**SALARIO**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS**	**SUBTOTAL**
2014	01/04/2013 a 31/03/2014	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
2015	01/04/2014 a 31/03/2015	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
2016	01/04/2015 a 31/01/2016	$ 1.792.549	$ 59.752	12,5	$ 746.895
TOTAL					**$ 2.539.444**

En referencia a la **prima de servicios convencional** no hay lugar a su condena como quiera que el artículo 51 de la convención colectiva estableció que esta prima se encuentra inmersa en los artículos 49 y 50 que hacen referencia a las primas de junio y de navidad.

En relación con la **bonificación de recreación convencional** del artículo 64 Convencional, esta se reconoce en cuantía de tres días de salario, con ocasión del disfrute de vacaciones. Sin embargo como en el caso del demandante estas le fueron compensadas en dinero, no hay lugar a impartir condena a la demandada por este concepto.

Frente a la **compensación en dinero de las vacaciones**, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute. Frente a este aspecto la SL CSJ en sentencia SL981-2019, Radicación no. 74084 del 20 de febrero de 2019, señaló que para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el termino para su contabilización es de 4 años y un mes[8], postura acogida

[8] *"(ii) Con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.*

(iii) A su turno, y luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas» (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

De lo anterior se puede deducir que el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

De otro lado, vale la pena aclarar que el término de prescripción de 4 años, contados a partir «de la fecha en que se haya causado el derecho» previsto en el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978 no aplica a los trabajadores de estas empresas estatales, según el criterio expuesto por esta Sala en sentencia CSJ SL 5830, 12 nov. 1993, reiterada en CSJ SL 14234, 5 sep. 2000:

Para proceder con método, observa la Sala que el citado Decreto delimita claramente el campo de su aplicación al estatuir que el mismo <fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la Administración Pública del Orden Nacional> (artículo 1°), a propósito de lo cual concreta en el artículo 2°.: < Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades de la Administración Pública del orden Nacional la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos

en las sentencias SL-885 de 2020, Radicación No. 64397 del 10 de marzo de 2020 y SL989-2021, Radicación No. 78535 del 8 de marzo de 2021.

Como quiera que el contrato tuvo vigencia del 1 de abril del 2013 al 31 de enero del 2016, esto es, 2 años y 10 meses, no se encuentra afectado su derecho por el fenómeno prescriptivo, por lo que se procede a revisar la condena impuesta por el A quo, en los términos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 artículo 43[9], en tanto el artículo 54 convencional señala que se deben reconocer conforme a lo establecido en la Ley (fl. 62 vto).

De este modo se obtiene la suma de **$2.539.444**, monto superior al que se fijó en la condena de primera instancia **-$1.673.463**-, sin embargo este NO se modificará en virtud de la consulta en favor de Caprecom, además que el presente punto fue objeto de apelación por la demandada en aras de revisar su valor, sin que se le pueda desmejorar la situación al apelante. Punto en que se **confirma** la sentencia.

VACACIONES					
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**SALARIO**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS PROPORCIONAL**	**SUBTOTAL**
1/04/2013	31/12/2013	$ 1.792.549	$ 59.752	11,3	$ 672.206
1/01/2014	31/12/2014	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
1/01/2015	31/12/2015	$ 1.792.549	$ 59.752	15	$ 896.275
1/01/2016	31/01/2016	$ 1.792.550	$ 59.752	1,3	$ 74.690
TOTAL					**$ 2.539.444**

Respecto de la condena por **<u>cesantías</u>**, la Sala procederá a liquidar esta prestación con fundamento en la Ley 6 de 1945 art. 17, Decreto 1160 de 1947 artículo 6,

---

Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales". De donde es fácilmente deducible que están excluidas de su normatividad las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, que <están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control" (Artículo 1°. PARAGRAFO (sic) del Decreto 1050 de 1968).

"Es decir, que aunque en el título del aludido Decreto se dice que por él <se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional>, ha de entenderse, en los términos de los artículos 1° y 2° de aquel, que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional a quienes van dirigidas las normas del Decreto, o sea sus destinatarios específicos, son los de <la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales>; ninguno otro."

[9] Artículo 43º.- Derecho a vacaciones:

1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.

2. El personal científico que trabaje al servicio de campañas antituberculosas, así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes, tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis meses de servicios.

3. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios

Decreto 3118 de 1968 art 27 y Ley 344 de 1996. Así las cosas, de las operaciones realizadas teniendo en cuenta el salario anunciado en líneas precedentes, el valor por concepto de cesantías obtenido es de $5.078.889 superior a la otorgada por el A quo **-$5.049.013,02**-, por lo que se confirmará esta condena, en virtud de la consulta en favor de Caprecom y en atención a la apelación de la demandada, pues como ya se dijo no se puede desmejorar su situación. Se **confirma** en este punto la sentencia.

CESANTIAS				
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**SALARIO**	**DIAS**	**SUBTOTAL**
1/04/2013	31/12/2013	$ 1.792.549	270	$ 1.344.412
1/01/2014	31/12/2014	$ 1.792.549	360	$ 1.792.549
1/01/2015	31/12/2015	$ 1.792.549	360	$ 1.792.549
1/01/2016	31/01/2016	$ 1.792.550	30	$ 149.379
TOTAL				**$ 5.078.889**

Indemnización por no consignación de cesantías

En lo que tiene que ver, con la condena por la **indemnización por no consignación de cesantías**, se tiene que el Máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en providencias SL582 Rad. 83289 del 10 de febrero del 2021[10] y en la SL 1413 Rad. 86028 del 12 de abril del 2021[11], estimo que

[10] "***A.-La sanción del numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.***

Estimó el Tribunal que la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales; por el contrario, considera la censura que la sanción para los trabajadores oficiales del nivel territorial la establece el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

En tal sentido, resulta pertinente observar que el artículo 13º de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías."

[11] *"En torno a la temática que plantea la censura, advierte la Sala que en las sentencias CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 30086; CSJ SL2051-2017; CSJ SL705-2013 y CSJ SL981-2019, había adoctrinado, que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sobre la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo administrador de estas, no resultaba aplicable a trabajadores oficiales, por ser un precepto del derecho sustantivo laboral particular.*

Sin embargo, en la decisión CSJ SL582-2021, del 10 de febrero del corriente año, en perspectiva de la Ley 344 de 1996, que establece el régimen de liquidación anual de las cesantías, para quienes que «se vinculen con el Estado» y de la remisión expresa del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 a la Ley 50 de 1990, sobre la forma de liquidación y pago de aquel crédito, razonó:

> *[…] el artículo 13º de la **Ley 344 de 1996** estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los **servidores públicos del nivel territorial,** sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.*
>
> *Por tanto, los servidores públicos del **nivel territorial,** vinculados a partir del **31 de diciembre de 1996**, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, **quedan sometidos al régimen de***

resulta "*aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996",* tesis que es acogida por esta Sala de decisión y ordena su pago en la suma de **$37.643.529**. Se **adiciona** la sentencia de primera instancia.

INDEMNIZACION POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS					
AÑO	**Fecha Inicial**	**Fecha Final**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS**	**SUBTOTAL**
2013	16/02/2014	31/12/2014	$ 59.752	315	$ 18.821.765
2014	16/02/2015	31/12/2015	$ 59.752	315	$ 18.821.765
2015	NO SE CAUSARON CONTRATO TERMINO 31/01/2016				
2016	NO SE CAUSARON CONTRATO TERMINO 31/01/2016				
	TOTAL				**$ 37.643.529**

Indemnización por despido

Frente a la terminación del vínculo laboral encuentra la Sala que se demostró la existencia de un contrato de trabajo, los cuales tendrán vigencia mientras duren las causas que le dieron origen y no se podrán dar por terminado sino por alguna de las justas causas contempladas en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965. Como no se demostró una causal de despido, el demandante tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa, la cual se debe liquidar conforme el plazo presuntivo que prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. En esa dirección ha de decirse que en este caso se declaró un contrato de trabajo a término indefinido, caso en el cual se debe dar aplicación al artículo 40 del Decreto 2127 de

---

> ***liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990,*** *del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías.*
>
> *[…]*
>
> *De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral* (Negrillas propias del texto).

Por consiguiente, teniendo en cuenta dicho precedente, así como también, que el artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», remite a igual compendio normativo, en todo lo relacionado con el pago de las cesantías de los trabajadores oficiales, sin distinguir la categoría de la entidad pública, al disponer:

> *Artículo 1°. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.*

Concluye la Sala, como lo había esbozado en una oportunidad en sede de instancia, en la sentencia CSJ SL1139-2019, que a partir de la vigencia de esa disposición, esto es, del 30 de junio de 2000, es aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996."

1945 el cual prevé *"El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses...".* Igualmente, el artículo 43 del mismo cuerpo normativo, consagra: "*El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario,* ***se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses****, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo...".* Y de otra parte, el artículo 51 *ibídem,* determina: "*Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo…";* sin que de esta manera se pueda acoger la tesis expuesta en primera instancia que hace referencia a la expiración del plazo pactado.

En ese orden de ideas, a efectos de determinar esta indemnización se debe tener en cuenta la vinculación continua del actor a partir del 1 de abril de 2013 al 31 de enero de 2016, por lo que la indemnización corresponde a los salarios causados entre el 1 de febrero y el 31 de marzo de 2016 (2 meses), esto es la suma de **$3.585.098**, punto en que se **adiciona** la sentencia.

Indemnización moratoria

En lo que respecta a esta indemnización, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949[12] que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 dice que se entiende que el contrato no ha finalizado si a la terminación el empleador no paga a su trabajador los salarios y prestaciones adeudados. Sin embargo frente a este tema la jurisprudencia de la Corte[13] ha explicado que esa disposición no admite una interpretación rigurosamente literal, pues su verdadero sentido no es revivir el

---

[12] "Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.
(…)
PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4 de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.
(…)
Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".
[13] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado 20523 del 9 de octubre del 2003.

contrato cuando a su terminación no se le pague al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones adeudadas dentro de los 90 días siguientes, pues lo que procede es una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a título de indemnización moratoria, también la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, esto es que su aplicación no es automática ni inexorable, pues su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe[14], presunción en contra de la parte demandada que no se logró desvirtuar, pues es evidente que se quiso disfrazar el contrato de trabajo mediante sendos contratos de prestación de servicios profesionales para la ejecución de tareas propias de la entidad, contraviniendo la finalidad establecida para aquel tipo de contratación en el Estado.

En virtud del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para el efecto se deben señalar dos cosas: i) que los 90 días a que alude la norma reseñada, se entienden **hábiles**, tal como lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia del 3 de agosto de 2010, Radicado No. 39727 M.P. Doctor EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, método que además utilizó la corporación en sentencia SL5544-2014 Rad. 48656 del 30 de abril de 2014 M.P. Doctor LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS para liquidar dicha indemnización con base en la normativa aquí aplicada. Y ii) que aun cuando la liquidación del empleador, no genera *per se* la exoneración del pago de la sanción moratoria, porque es claro que, pese a encontrarse en tal estado, puede incurrir en actos que respecto de ese débito resulten contrarios a la buena fe; lo cierto es que la mala fe no se presume con posterioridad a la entrada en liquidación de una empresa y su concurrencia exige la prueba correspondiente, tal como lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política.

Al respecto tenemos que se logró acreditar la realidad de situaciones inherentes a una relación laboral. Por tanto no es de recibo el actuar de la entidad accionada, en la medida que utilizó la modalidad de contratos de prestación de servicios como fachada para disfrazar una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo. Ahora, si bien es cierto que mediante Decreto 2591 del 28 de diciembre de 2015, se ordenó la liquidación de CAPRECOM, circunstancia que podría impedir el cumplimiento oportuno de las obligaciones laborales, también lo es que esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que la entidad demandada actuó bajo la

[14] Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado Nº 30114 del 22 de enero del 2008. M.P. Isaura Vargas Díaz.

intervención de un agente liquidador, situación que descarta de tajo un actuar revestido de buena fe. Puestas así las cosas y conforme lo dispuesto por la jurisprudencia, la Indemnización moratoria empezará a correr desde el 3 de junio de 2016 hasta el 27 de enero de 2017, data en la cual culminó el proceso liquidatario de Caprecom EICE en Liquidación. Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, arroja un guarismo único de **$14.280.640**, monto inferior al otorgada por el A quo **- $16.252.444,27**-, en razón a que no contabilizaron de manera correcta los 90 días **hábiles**, por lo que se modifica esta condena, en virtud de la consulta en favor de Caprecom y en atención a la apelación de la demandada que solicito la revisión de las condenas. En este sentido se **modificara** la sentencia.

INDEMNIZACION MORATORIA				
Fecha inicial	**Fecha final**	**SALARIO DIARIO**	**DIAS**	**SUBTOTAL**
3/06/2016	27/01/2017	$ 59.752	239	$ 14.280.640
TOTAL				**$ 14.280.640**

Indexación

Como quiera que se está otorgando la indemnización moratoria que tiene el carácter indemnizatorio, la **indexación** o actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo. Sin embargo la **compensación de las vacaciones** no acarrea la referida indemnización, por lo que procede únicamente sobre este concepto. _De igual manera resulta viable la **indexación de la suma por concepto de indemnización moratoria**, pues esta se limitó hasta el 27 de enero de 2017, por lo que esta suma se depreciara desde esta data y hasta su pago. Punto en que se **adiciona** el fallo de primer grado.

Devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante

Finalmente, en lo atiéndete a la **devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante**, estos resultan procedentes al encontrarse acreditada la existencia de un contrato de trabajo, dentro del cual el empleador tenia la responsabilidad del pago de los aportes al sistema de seguridad social sobre el salario devengado por el demandante. El demandante acredito en el plenario a folios 101 a 109 los pagos efectuados al sistema de seguridad social en pensiones y resulta acorde la condena impuesta en las

condiciones que dispuso el Juez A quo, esto es, solo la devolución el 75% del valor cancelado conforme lo señala el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que opere sobre estos valores el fenómeno prescriptivo. Si bien no se condenó a la devolución del dinero pagado por cotización a salud, este aparte no fue objeto de apelación por el actor. Punto en que se **confirma** la sentencia de primera instancia.

Por las anteriores consideraciones se modificará la sentencia apelada y consultada como se consiga en la parte resolutiva, de conformidad con las razones aquí expuestas.

COSTAS

Las de primera se confirman, las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR y ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2020, el cual quedara así:

> ***SEGUNDO- CONDENAR*** *a la demandada* ***FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADO,*** *a pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:*
>
> *a) La suma de* ***$2.097.282*** *por concepto de prima junio.*
> *b) La suma de* ***$4.989.261,38*** *por concepto de prima de navidad.*
> *c) La suma de* ***$2.464.200*** *por concepto de auxilio de transporte.*
> *d) La suma de* ***$3.585.098*** *por concepto de prima convencional de retiro.*
> *e) La suma de* ***$2.539.444*** *por concepto de prima de vacaciones.*
> *f) La suma de* ***$1.673.463*** *por concepto de vacaciones.*
> *g) La suma de* ***$5.049.013,02*** *por concepto de cesantías.*
> *h) La suma de* ***$37.643.529*** *por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías.*
> *i) La suma de* ***$3.585.098*** *por concepto de indemnización por despido.*

*j) La suma de **$14.280.640** por concepto de indemnización moratoria.*
k) Las sumas reconocidas por vacaciones y por indemnización moratoria, se pagaran debidamente indexadas

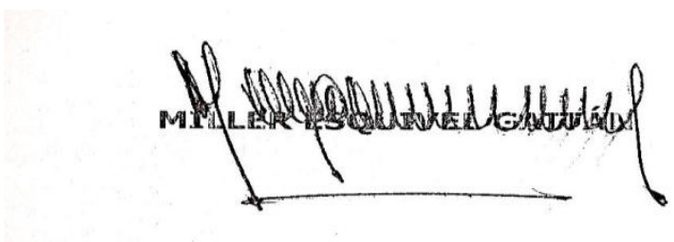
Todo lo anterior con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2020, por las razones aquí expuestas.

TERCERO. – COSTAS: Las de primera se confirman, las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YURI ELIZABETH CORREDOR ROJAS CONTRA ADMINISTRADRA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00507 01 Juz 29.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

YURI ELIZABETH CORREDOR ROJAS demandó a PORVENIR y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios. 54 a 55.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 55 a 57. Nació el 10 de abril de 1965, se afilió al ISS el 15 de diciembre de 1986. Se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS (hoy Porvenir S.A.) el 4 de febrero de 1996, momento para el cual contaba con 144 semanas cotizadas. Al momento de la asesoría no le fue informado las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La AFP no desalentó al demandante en continuar vinculado al RAIS. Solicitó la afiliación ante Colpensiones y ante la AFP Porvenir la nulidad de la afiliación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y AFP Porvenir contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en folios. 94 a 103.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la edad de la actora, la fecha de vinculación, las semanas acumuladas en el régimen de prima media, la petición de traslado para volver a este régimen y la respuesta negativa ante la solicitud.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica o innominada.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 140 a 147.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la edad de la actora, la vinculación actual con Porvenir, la solicitud de información sobre monto de pensión realizada y su respectiva respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de las obligaciones laborales de tracto, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y genérica o innominada

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Porvenir de fecha 4 de febrero de 1996, es decir, siempre permaneció la actora en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo y actualizar la

historia laboral de la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Porvenir) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo aportó el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte a la demandante.

Recurso de apelación

La demandada PORVENIR alegó que esta entidad cumplió con su deber de información de forma pertinente como lo exigía la ley, además de que el traslado está libre de vicios por lo cual conserva validez. Dijo que no se presenta ninguna falencia respecto de lo exigido legalmente ya que para la época no estaba dentro de su deber realizar proyecciones del monto relativo a la mesada pensional. Solicita se disponga que no se le obligue trasladar a Colpensiones las sumas por concepto de gastos de administración debido a que estos ya han sido causados y descontados como legalmente es permitido.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Peticiona se confirme la sentencia de primera instancia, pues considera que la actora sí logró demostrar un perjuicio grave en el proceso por el engaño sufrido en su traslado y por el contrario la AFP no cumplió con su carga probatoria del deber de información.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Solicita se revoque el fallo proferido ya que se probó en el proceso que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, además de que se le dio toda la información suficiente a la demandante y en la actualidad no cuenta con los requisitos para que se le traslade de régimen, lo que generaría una afectación a la estabilidad financiera del sistema pensional.

- **AFP PORVENIR:** no se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de abril de 2018 (folios. 19 y 23), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 04 de febrero de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS (hoy AFP PORVENIR S.A.), según formulario que reposa a folio 8.

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la actora el 4 de febrero de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS (hoy AFP Porvenir S.A.) (fl. 8), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto

692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

---

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, no se evidencia que se haya demostrado eso por parte de la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

hizo la demandante, ya que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta en la que dice haber hecho el traslado sin estar bajo coacción, lo cual no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Se debe tener en cuenta que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio*

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.
Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)
En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[5]), ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[6]).

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

---

[5] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

[6] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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

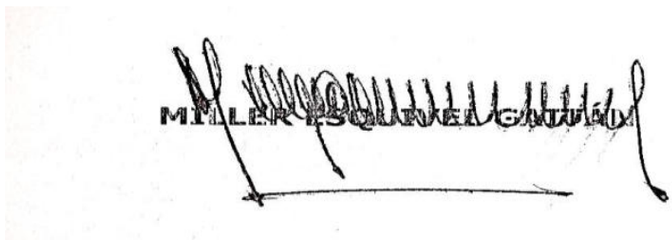
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

EN PERMISO
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ORLANDO URIBE SÁNCHEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2018 – 00592 01. Juz. 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ ORLANDO URIBE SÁNCHEZ demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 2 a 3.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Pago de la diferencia de las mesadas pensionales.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 8 a 10. Nació el 8 de febrero de 1957. Se Afilió al ISS el 2 de mayo de 1979 hasta el 31 de agosto de 1994, donde cotizo un total de 687.57 semanas. Se trasladó a la AFP ING, hoy AFP Protección entre el 1 de septiembre de 1994 hasta el 31 de octubre de 2001 para un total de 352

semanas. Posteriormente se afilio a Porvenir S.A. el 1 de noviembre de 2001. El demandante acreditó un total de 1.852 semanas. La AFP Porvenir efectúa una simulación del valor de la mesada pensional, calculada por un monto de $1.754.700 a los 62 años de edad. La mesada pensional en caso de haber permanecido en el RPM ascendería a la suma de $4.392.059 para el año 2019. El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la ley 100 de 1993. El actor elevo reclamación administrativa ante Colpensiones el 27 de agosto de 2018. El señor Uribe Sánchez acredita un total de 1.300 semanas de cotización y 62 años de edad para el mes de febrero del año 2019.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
En los términos del escrito visible en fls. 75 a 83.

- Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la reclamación administrativa ante Colpensiones y la contestación de la solicitud de Colpensiones.
- Propuso como excepciones de mérito; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y genérica.

La AFP PORVENIR S.A, contestó como consta a fls. 168 a 182.

- En cuanto a los hechos acepto; la simulación pensional efectuada por Porvenir, la solicitud de traslado y la contestación de la petición de Porvenir.
- Formuló como excepción previa; falta de integración del litis consorcio necesario para vincular al Ministerio de Hacienda y crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales y Seguros de Vida Alfa S.A.
- Propuso como excepciones de fondo; saneamiento por ratificación, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, buena fe, compensación y genérica.

- DEMANDA DE RECONVENCIÓN: pretende se ordene al accionante reintegrar la totalidad de las sumas de dinero que percibió por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas, subsidiariamente solicita sean descontadas esas mesadas del retroactivo pensional.
- CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN: la parte demandante se opuso a la totalidad de las pretensiones.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos del escrito visible en fls. 106 a 128.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento del actor, los valores recibidos por la afiliación y la solicitud de traslado ante Protección.
- Formulo como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

En audiencia llevada a cabo el día 21 de agosto de 2020, se dispuso la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., notificadas y corrido el traslado, contestaron de la siguiente manera:

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en los términos del escrito visible en el expediente digital (archivo 11).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a Colpensiones desde el 2 de mayo d 1979 y hasta el 31 de agosto de 1994 y la densidad de semanas cotizadas. La vinculación con la AFP Protección y con la AFP Porvenir.
- Formulo como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., en los términos del escrito visible en el expediente digital (archivo 12).

- Se opuso a las pretensiones.

- No aceptó el contenido de los hechos.
- Formulo como excepciones de fondo; falta de causa para pedir e inexistencia de la nulidad, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., compensación y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A. de fecha 2 de agosto de 1994. Teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida una pensión de vejez a partir del 18 de julio de 2019 por parte de Porvenir S.A., para lo cual se contrató una póliza por renta vitalicia en favor del actor con Seguros de Vida ALFA S.A., ordenó al demandante reintegrar la totalidad de los valores recibidos por concepto de mesadas pensionales debidamente indexados con destino a Seguros de vida Alfa S.A. y Porvenir S.A. Ordenó a Seguros de vida Alfa S.A. que una vez recibidos los valores, traslade el valor por concepto de póliza de seguros a Porvenir S.A. Condenó a la AFP Porvenir a trasladar el valor correspondiente del bono pensional redimido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor y a Colpensiones aceptarlos. De igual forma reconoció y concedió la pensión de vejez reclamada a partir del 1 de agosto de 2019 de conformidad con la ley 100 de 1993. Absolvió a Colpensiones, Porvenir S.A. y AFP Protección de las demás pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen. De igual forma encontró reunidos los presupuestos por parte del demandante para el reconocimiento de la pensión de vejez según lo establecido en los artículos 21, 33 y 34 de la ley 100 de 1993.

Recurso de apelación

La parte demandante solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de reintegrar los valores recibidos por concepto de mesadas pensionales a Seguros de Vida Alfa S.A., toda vez que se dio la declaratoria de

ineficacia o nulidad de traslado y por tanto lo que derive de dicha afiliación no nació a la vida jurídica y el actuar del demandante estuvo regido bajo los principios de la buena fe.

LA AFP Porvenir solicita se revoque las condenas en su contra. Manifiesta que la administradora no fue la que efectuó el traslado inicial de la demandante y por tanto no debe soportar las consecuencias generadas de dicha afiliación con la AFP Protección. Refiere que se le está exigiendo a las administradoras de pensiones, requisitos que no están acordes con la realidad jurídica de la fecha del traslado del actor, y que las proyecciones de las mesadas pensionales se vinieron a imponer con la nueva normatividad. Refiere que la orden de devolver los gastos de administración va en contra de la ley, toda vez que estos son el resultado de la buena gestión de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, por tanto, es una contraprestación de la labor de la AFP, y el traslado de dichas sumas constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. Ratifica todos los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, pues la suscripción del contrato irrevocable de renta vitalicia fue bajo el principio de la buena fe, legalidad y validez. De igual forma según lo establecido por la superintendencia financiera las personas que gocen de pensión de vejez no pueden trasladarse entre administradoras de pensiones, y es una prohibición legal estipulada.

PROTECCION S.A. manifiesta que se debe revocar parcialmente en lo que respecta a la orden de devolver los gastos de administración, comoquiera que estos valores son comisiones de la administradora como resultado de la buena administración de la cuenta de ahorro individual del demandante durante la afiliación, y que su traslado genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, además de que es una suma que no va a hacer utilizada para financiar el pago de la pensión de vejez del actor.

COLPENSIONES afirma que la orden de recibir al demandante como afiliado nuevamente al RPM coloca en peligro la sostenibilidad financiera del sistema pensional, de asumir el pago de una prestación social de una persona que no estuvo en el RPM alrededor de 26 años, afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Así mismo, afirma que Colpensiones no tiene injerencia en el acto inicial

de traslado que generó la ineficacia en la afiliación y solicita sea la AFP, que incumplió el deber de información, la responsable del pago de la mesada pensional del demandante.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** no se pronunció en esta etapa.
- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:** señala que es improcedente la declaración de la ineficacia del traslado, toda vez que el reconocimiento de la pensión de vejez conlleva a que la falta de información se entienda superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por el afiliado y que corresponde a la solicitud de pensión a la AFP u al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la pensión. Además en la renta vitalicia inmediata, el afiliado adquiere la condición de pensionado desde el mismo momento en que la contrata, siendo un contrato irrevocable.

- **AFP PORVENIR:** manifiesta que los efectos de la ineficacia del traslado no son atribuibles a la entidad, pues la afiliación inicial se efectuó con la AFP Protección, por cuanto no procede condena en contra de Porvenir S.A., ya que la misma generaría un detrimento patrimonial sin fundamento.

- **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.:** solicita se revoque las condenas en su contra. Manifiesta que el fallo afecta de manera directa el contrato irrevocable de renta vitalicia inmediata celebrado a favor del demandante, entre Porvenir S.A. y la aseguradora, aspecto que atenta un acto jurídico legalmente celebrado.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición del 27 de agosto de 2019 (fls. 42), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 8 de marzo de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP Davivir (hoy AFP Protección), según formulario que reposa a folio 138 y luego se trasladó el 28 de septiembre de 2001 a la AFP Porvenir según formulario de afiliación visible a folio 47, al cual se encuentra vinculado.

Adicional, al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir (fl. 244 expediente digital) en la modalidad de renta vitalicia, para lo cual se contrató una póliza con Seguros de Vida Alfa S.A., a partir del 18 de julio de 2019.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 8 de marzo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte (hoy AFP Porvenir) (fl. 138), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello

---

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña*"

Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

De otra parte, se tiene por acreditado que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir (fl. 244 expediente digital) en la en la modalidad de renta vitalicia, para lo cual se contrató una póliza con Seguros de Vida Alfa S.A., a partir del 18 de julio de 2019, calidad del actor que constituye una status jurídico.

Frente a la situación jurídica antes planteada, la CSJ-SL en sentencia SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandono el criterio adoptado en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto. Pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido. En atención a lo anterior esta Sala acoge el nuevo criterio adoctrinado por la CSJ-SL.

Por lo anterior, a pesar que la AFP Protección no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado por contar el demandante con un status jurídico consolidado que como se expuso, no es posible revertir.

Así las cosas, se revoca en su integridad la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Las de primera se revocan, quedan a cargo del demandante. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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

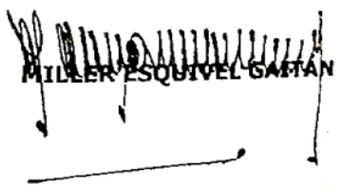
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se revocan, quedan a cargo del demandante. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA EUGENIA SARMIENTO OTERO CONTRA ADMINISTRADRA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00001 01 Juz 21.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CLARA EUGENIA SARMIENTO OTERO demandó a la AFP PROTECCIÓN y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 6.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes, bono pensional, titulo pensional, rendimientos a Colpensiones.
- Se actualice la historia laboral de la demandante.
- Costas del proceso.
- Subsidiariamente el pago de la pensión de vejez según el artículo 33 de la ley 100.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 10. Nació el 10 de mayo de 1954, se afilió al ISS el 13 de febrero de 1986. Se trasladó a la AFP PROTECCION S.A. el 1 de enero de 2000, momento para el cual contaba con 308 semanas cotizadas, al momento de la asesoría no le fue informado las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características o requisitos propias de este. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis

de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional, así como también manifiesta que la asesora que la afilió al régimen no contaba con una preparación académica adecuada para brindar toda la información. La AFP no desalentó a la demandante en continuar vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad ni informó a ella su derecho de retorno. Solicitó la afiliación ante Colpensiones y ante la AFP Protección la nulidad de la afiliación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y AFP Protección contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 82 a 94.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que se vinculó a esta entidad, la cantidad de semanas acumuladas al régimen de prima media, las peticiones de información y traslado para volver a este régimen y la respuesta ante las solicitudes.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica o innominada.

La **AFP Protección** contestó en los términos del escrito visible a folios 123 a 167.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que se encuentra actualmente afiliada a Protección, la solicitud de información sobre monto de pensión realizada a esta y su respectiva respuesta
- Formuló como excepciones de mérito; 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 genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Protección de fecha 17 de noviembre de 1999 con fecha de efectividad 1 de enero del 2000. Ordenó a la AFP Protección trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral de la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Protección) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información sobre beneficios, ventajas y desventajas de cada régimen, así como el buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen y el estatuto de consumidor financiero. Además, indica que el formato no es prueba válida para demostrar haber cumplido con el deber de información exigido independientemente de tener o no el régimen de transición, ni haber realizado las proyecciones reales de la mesada pensional correspondiente, como tampoco de que dio a conocer las características de cada régimen y las consecuencias del traslado.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES solicita se revoque el fallo, ya que alegó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no tenía un derecho real para la fecha del traslado, de igual manera que no hubo vicios en el consentimiento debido a que el cambio de régimen se hizo de manera libre y voluntaria. Mencionó que la carga de la prueba corresponde a la AFP y no es razonable exigirle documentos o soportes que no estaban requeridos por la ley al momento del traslado porque contraria el principio de confianza legítima. Además, que la demandante no se debería beneficiar de los rendimientos y aportes que no ha realizado al régimen de prima media ya que descapitaliza el fondo común y afecta al régimen pensional.

La demandada PROTECCIÓN pidió se absuelva a esta de manera parcial en lo relativo a la devolución de los gastos de administración causados, debido a que la actora tenía un vínculo contractual con la AFP, y se cobraron de acuerdo con las

disposiciones legales validas, vigentes y exigibles y por lo tanto la entidad obró legalmente y los dineros de la cuenta de la actora son fruto de la administración e inversión realizada por Protección. Por consiguiente, se condene solamente a devolver o los gastos de administración o los rendimientos financieros, y no ambos ya que generaría un perjuicio al patrimonio de la entidad y un enriquecimiento sin justa causa para la accionante.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme la sentencia proferida debido a que con base al material probatorio en su parte documental e interrogatorios se evidenció el actuar en contra de la buena fe de la actora viciando su consentimiento mediante la falta de información correspondiente al acto y trascendencia de este

Parte demandada: COLPENSIONES: Requiere se revoque la sentencia proferida con fundamento a que la demandante no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para realizar el traslado, que las personas que no han contribuido a este régimen pensional no se pueden beneficiar de los aportes realizados por los demás, igualmente que la accionante no probó que se haya viciado su consentimiento, en cambio que lo ratifico manteniéndose en ese régimen todo este tiempo y que ya se venció el termino de 4 años para alegar la nulidad. Además, que no se le pueden imponer a la AFP cargas adicionales a las que para la fecha del traslado no existía, lo que generaría algo imposible y nadie está obligado a lo que no se puede. Por otra parte, en caso de confirmarse el fallo pide no se le condene en costas y se condicione su cumplimiento de las pretensiones a la entrega primeramente de los valores correspondientes por parte de la AFP.

AFP Protección: no se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la

declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 23 de noviembre de 2018 (fl 37), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la accionante no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 01 de enero de 2000, cuando tuvo efectos la vinculación que solicitó la actora a la AFP Protección, según formulario que reposa a fl 57.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la accionante el 17 de noviembre de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A. (fl. 57), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues

---

d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña*"

cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es

---

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.
Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)

por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la accionante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, no se evidencia que se haya demostrado eso por parte de la AFP Protección, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, ya que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, lo cual no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección real del monto de su pensión, que es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que la AFP le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual y una proyección, pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP Protección, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba trasferir por parte de Protección a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración. Por lo anterior, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que la AFP debe devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, sin que de manera se pueda entender como excluyentes como quiera que los rendimientos son consecuencia de los aportes que fueron realizados, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también la sostenibilidad financiera del régimen de prima media (SL2877-2020) y se evita el enriquecimiento sin justa causa.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y la AFP Protección. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho a cada entidad.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y la AFP Protección. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) a cada una como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

EN PERMISO

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUCILA ZAMBRANO CHAPARRO CONTRA COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00029 01. Juz. 24.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

LUCILA ZAMBRANO CHAPARRO demandó a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2 a 4.

- Se declare que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990 en porcentaje del 90% del salario base.
- Se declare que tiene derecho a la pensión a partir del 10 de febrero de 2011.
- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la forma mencionada.
- Indexación de la primera mesada pensional.
- Reajustes pensionales anuales.
- Diferencias entre lo dejado de cancelar a partir de la fecha en que adquirió el estatus de pensionada y el momento de inclusión en nómina.
- IPC.
- Intereses moratorios.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 10 de febrero de 1956 por lo que cumplió 55 años en el 2011, prestó sus servicios en la Defensa Civil Colombiana desde el 17 de agosto de 1982 al 31 de agosto de 2006. El ISS le reconoció pensión por tiempos de servicio público mediante Resolución 023942 del 29 de junio de 2006 en cuantía de $674.472 a partir del 31 de agosto del mismo año y según Resolución VPB 42314 del 24 de noviembre de 2016, COLPENSIONES reliquidó la pensión reconocida en cuantía de $691.272 a partir del 31 de agosto de 2006, no obstante, adujo que solo se tuvieron en cuenta para el reconocimiento y reliquidación de la pensión, los tiempos laborados con el sector público y no los laborados en el sector privado entre el 16 de febrero de 1976 y el 30 de abril de 2008 las que totalizan 1400,71429 semanas de cotización. Indica que contaba al 1º de abril de 1994 con más de 40 años y para la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 001 de 2005 tenía más de 750 semanas de cotización por lo que el 6 de diciembre de 2017, solicitó el reconocimiento de la pensión conforme a dicho acuerdo, lo que fue negado por COLPENSIONES mediante Resolución SUB-88644

del 4 de abril de 2018 y fue confirmada mediante Resolución DIR 10730 del 24 de mayo del mismo año.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y notificada la accionada contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 65 a 76.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad de la accionante y las resoluciones expedidas.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones. La juez señaló que la sentencia SL-712 de 2018 adoctrinó que podrían ser compatibles estas pensiones siempre que sean completadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 lo que fue reiterado en las sentencias SL-5228 de 2018 y SL-536 de 2018, por lo que para que la demandante pudiera acceder a la pensión conforme a la Acuerdo 049 de 1990, debía cumplir los 50 años antes del 1º de abril de 1994 lo que no sucede en este caso, por lo que no era compatible la pensión en la forma solicitada puesto que las dos pensiones amparan el mismo riesgo, esto es la vejez y las cotizaciones están dirigidas a aumentar el ingreso base de liquidación.

Recurso de apelación

La parte actora argumentó que es beneficiaria del régimen de transición para adquirir la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990 y que cumplía los requisitos del Acto legislativo No. 001 de 2005, aunado a que prestó servicios públicos por los que se le reconoció la pensión de jubilación sin tener en cuenta los tiempos privados acreditando 1400 semanas. Indicó que las asignaciones solicitadas no son del tesoro público conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia T-827 de 1999 donde señaló que COLPENSIONES es un mero administrador de los dineros de seguridad social en pensiones, por lo que la pensión de vejez solicitada es compatible con la pensión reconocida conforme a los tiempos de servicio público ya que cuentan con fuentes de financiación diferentes, y no hacerlo constituiría un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: Solicita ser absuelta de todas las pretensiones, debido a que la accionante ya posee una pensión a cargo del ISS y no se le puede conceder otra prestación por tratarse de dos asignaciones del tesoro público además que no existen sumas pendientes a favor de la actora ni posee los requisitos del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*

Pretende la parte actora el reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, por cuanto considera que la pensión de jubilación reconocida por el ISS mediante la Resolución No. 023942 del 29 de junio de 2006, no tuvo en cuenta sino únicamente los tiempos públicos y ella cuenta con más de 1400 semanas cotizadas en el sector privado que no fueron contabilizadas para el efecto.

A folio 25 a 27 obra la Resolución No. 023942 del 29 de junio de 2006, mediante la cual el ISS reconoció a la actora la pensión de jubilación para lo que tuvo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2701 de 1988 el cual exige para tener derecho a la pensión debe acreditar mínimo 20 años de servicios al Estado en entidades adscritas al Ministerio de Defensa y 50 años de edad para la mujer. Se indicó en la citada Resolución que conforme a lo establecido en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, le correspondía al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de servidores públicos conforme a las disposiciones del régimen que venía aplicando cuando, sin estar afiliado al ISS al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones lo seleccionaron voluntariamente y que para el efecto procedía la expedición del bono pensional según establecido en la Ley 100 de 1993 y los Decretos 1748 de 1995, Decreto 1474 de 1997 y 1513 de 1998.

Tuvo en cuenta que la actora contaba con 4184 días cotizados al ISS como servidor público (597.71 semanas) y atendiendo el tiempo cotizado a otras entidades de previsión del sector público y las cotizadas al ISS (430.86 semanas), acreditaba los 20 años exigidos para la pensión y señaló que para la prestación reclamada se solicitó el bono pensional mediante oficio No. 062.2.1976 de 2006 a la Defensa Civil de Colombia. En las Resoluciones aportadas y que obran a folios 43 a 45 y 51 a 54, se resolvieron las solicitudes de la parte actora respecto a la reliquidación de la pensión ya reconocida y en ellas se indica que las semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, dentro de las cuales se encuentran incluidas las cotizadas con el empleador Defensa Civil Colombiana (430.86 semanas) en forma simultánea con empleadores privados por el período comprendido entre 1994 y el año 2006 fueron contabilizadas para reconocer la pensión de jubilación.

De lo expuesto se concluye que para el reconocimiento de la pensión de jubilación se contabilizaron los tiempos cotizados a otras entidades de previsión como se indicó en la resolución de reconocimiento pensional y los tiempos cotizados al ISS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que todas las cotizaciones que aparecen efectuadas con el empleador público (Defensa Civil Colombiana) en la historia laboral y que figuran en el reporte de semanas cotizadas hasta el 2006, fueron incluidas a efectos de reunir el requisitos de 20 años de servicios, para obtener la pensión de jubilación, pues sin ellas no habría cumplido dicho requisito.

Lo anterior significa que los tiempos de servicio en el sector privado no totalizan 1400 semanas como lo pretende la demandante ya que fueron tomados cuenta para reconocer la pensión de jubilación los tiempos de servicios cuyas cotizaciones fueron efectuadas al ISS con el empleador público hasta el año 2006, razón por la que no pueden ser incluidas nuevamente a efectos de obtener una pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990. Adicionalmente, es necesario resaltar que todas las cotizaciones efectuadas con el empleador público Defensa Civil Colombiana al ISS fueron simultáneas con las cotizadas en el sector privado, por lo que como lo expresó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 42299 del 5 de junio de 2012 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, las cotizaciones simultaneas no se pueden sumar como tiempo doble. En consecuencia, los aportes simultáneos no permiten sumar más semanas de cotización, sino que permiten incrementar el salario base de cotización, puesto que la cotización doble asegura un mismo periodo por un valor superior, por lo que eleva el ingreso base de cotización, como en efecto lo tuvo en cuenta COLPENSIONES al reliquidar la pensión reconocida a la demandante tomando en cuenta el IBC de los últimos 10 años, conforme a las resoluciones ya mencionadas.

Respecto a la compatibilidad entre la pensión de vejez cuando una persona es titular de una pensión de jubilación concedida conforme a los regímenes preexistentes al Sistema de Seguridad Social, la regla general es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-5228 de 2018 lo siguiente:

> *De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.*
>
> *Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.*

Conforme a la jurisprudencias citada, no procede la compatibilidad de las pensiones en este caso, pues a la demandante se le reconoció la pensión de jubilación por parte del ISS mediante la Resolución 023942 del 29 de junio de 2005, esto es, que la pensión de jubilación se reconoció con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y adicionalmente no fue reconocida por una Caja de Previsión que permitiera diferenciar claramente la fuente de financiamiento, toda vez que en este caso, como se indicó anteriormente, buena parte de las cotizaciones que

sirvieron de soporte para la pensión de jubilación fueron igualmente realizadas al ISS, lo que no permite una diferenciación en la fuente de financiamiento.

Conforme a lo expuesto se **CONFIRMA** la sentencia recurrida.

COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

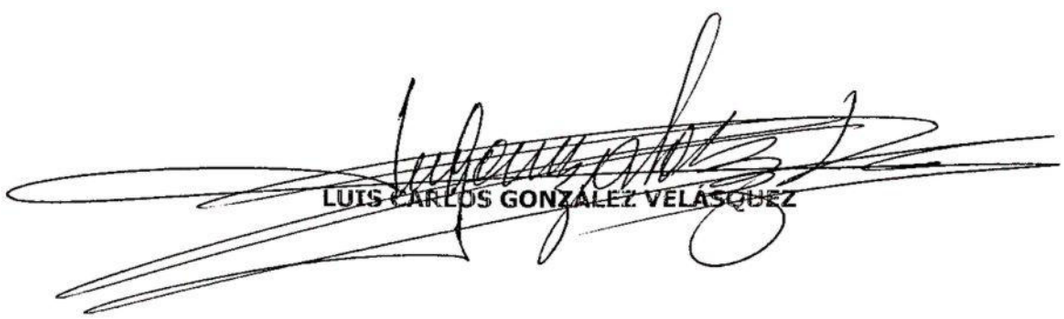
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YOLANDA DEL PILAR CONTRERAS VARGAS CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00069 01 Juz 09.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

YOLANDA DEL PILAR CONTRERAS VARGAS demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 41 a 43.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Pensión de jubilación.
- Retroactivo pensional.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 43 y 44. Se afilio al ISS el 12 de mayo de 1982, régimen en el cual cotizo 344 semanas. Se trasladó el 1 de diciembre de 2006 a la AFP Protección. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las

consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del RAIS. No se le realizó un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. No le fue realizada una proyección de su mesada. La asesoría se apoyó en argumentos falsos y engañosos. No le informaron que tenía hasta los 47 años de edad para regresar al RPM. Cuenta con 1.371 semanas cotizadas y el 2 de febrero de 2017 cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Agoto la reclamación administrativa.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
en los términos del escrito visible en fls. 56 a 70.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS, las semanas allí cotizadas y la reclamación elevada.
- Propuso como excepciones de fondo; imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A, contestó como consta a fls. 116 a 123.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación actual a la AFP Protección y la densidad de semanas cotizadas.
- Formuló como excepciones de fondo; validez de la afiliación al RAIS con Santander hoy Protección, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Llegó a esa determinación al establecer conforme al SIAFP que el traslado de régimen del RPM al RPM se dio el 23 de agosto de 1996 con la AFP Colfondos, entidad que no fue llamada a las diligencias, en consecuencia la ineficacia del acto jurídico que se pretende es respecto de la afiliación con Colfondos, entidad respecto de la cual no se elevaron pretensiones. Tampoco es viable la nulidad del traslado horizontal de Colfondos a Protección por no haberse demostrado la existencia de un vicio del consentimiento o alguna causa de ineficacia.

Recurso de apelación

La demandante inconforme con la decisión, alega que se desconoce la jurisprudencia nacional que establece que el traslado horizontal entre AFP no subsana las falencias del traslado del régimen. Señala que cuando una AFP recibe un afiliado debe asumir todo lo concerniente a su afiliación. La situación procesal de falta de llamado a Colfondos no puede dejar de lado la parte sustantiva, que no es otra que la nulidad del traslado de régimen. Se debe tener en cuenta que la demandada tenía herramientas procesales como el llamamiento en garantía para hacer comparecer a Colfondos. El deber de información se debe verificar al momento de traslado de régimen y es carga de la parte demandada demostrar que en efecto se brindó tal como lo dispone la sentencia SL 1452-2019, lo que no fue demostrado en este asunto.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no existen elementos que acrediten la existencia de vicios del consentimiento, toda vez que el traslado inicial que hizo la actora en 1996 fue con la AFP Colfondos, la cual no fue vinculada a este proceso. Siendo así que no se puede demostrar que existió engaño por

parte de los asesores de Protección S.A. al momento de una afiliación que los mismos no llevaron a cabo.

- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada a la petición radicada el 1 de agosto de 2018 (fl 30), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 1 de diciembre de 2016 con la AFP Santander (hoy AFP Protección), según formulario que reposa a folio 4 y 95.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). A lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado del RPM al RAIS, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[1] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, que en el caso de la señora Yolanda del Pilar se trata de la AFP Colfondos a la cual se afilió el 23 de agosto de 1996, información que se extrae del reporte del SIAFP (fl. 94) aportado por la AFP Protección; pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad con la cual se llevó a cabo el traslado de régimen, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado las nuevas condiciones pensionales a las cuales se somete, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[2], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

[1] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[2] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios

Así las cosas, como quiera que el traslado de régimen sobrevino con la AFP Colfondos, es sobre esta afiliación que se pretende la ineficacia del acto jurídico del traslado, sin embargo a estas diligencias no fue llamada esta AFP y tampoco se elevaron pretensiones en contra de esa entidad, razón por la cual tal como lo concluyó la A quo no es posible acceder a lo pedido por la demandante. Sin que nada tenga que ver lo anterior con la subsanación de las eventuales falencias que existieron en el traslado de régimen.

No es de recibo para esta Sala el argumento del apelante que señala que la situación procesal de falta de vinculación de la AFP Colfondos no puede dejar de lado la pretensión de nulidad del traslado de régimen, pues de llevar a cabo una actuación judicial en la cual se juzga un actuar de la AFP Colfondos sin su comparecencia, contraviene el principio del debido proceso.

Finalmente, debe tener en cuenta el apoderado de la parte demandante que el llamamiento en garantía se trata de una herramienta procesal prevista para forzar la comparecencia de un tercero con el cual existe un vínculo jurídico; situación que difiere de lo planteado en el recurso, como quiera que la AFP que se echó de menos en el trámite debió comparecer como demandada y en su contra se debieron elevar las pretensiones. En todo caso se pone de presente que fue este extremo judicial quien no utilizó las oportunidades procesales tales como la reforma de la demanda (art. 31 del C.P.T.S.S.) y el saneamiento del litigio (art. 77 del C.P.T.S.S.) para procurar la vinculación de la AFP Colfondos.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

---

e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

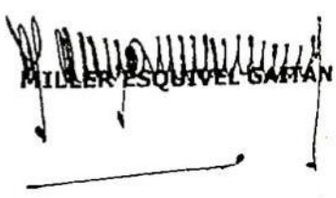
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIEGO ANDRÉS CASTILLO PÉREZ CONTRA SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. Rad. 2019 - 00229 - 01. Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DIEGO ANDRÉS CASTILLO PÉREZ demandó a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 a 6.

PRINCIPALES:

- Contrato de trabajo desde el 1º de septiembre de 2012 al 19 de diciembre de 2018.
- Despido sin justa causa.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Calzado y vestido de labor.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

SUBSIDIARIAS

- Contrato de trabajo entre el 1º de diciembre de 2015 y el 31 de julio de 2019.
- Indexación sobre la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.

Los hechos de la demanda se describen a fls 3 a 5 que se resumen de la siguiente manera: Se vinculó con la demandada el 1º de septiembre de 2012 mediante varios contratos de trabajo inicialmente como auxiliar de correspondencia con una asignación de $566.700 y posteriormente como técnico administrativo con una asignación final de $1.409.924, dichos contratos se dieron sin solución de continuidad hasta el 19 de diciembre de 2018 desempeñando siempre el mismo cargo y ejerciendo las mismas funciones y no le cancelaron durante la vinculación laboral el calzado y vestido de labor.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 75 a 83 y 157 a 161.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la declaratoria del último salario devengado de $1.409.924, las vinculaciones laborales, sus extremos, salarios y cargos desempeñados, las prórrogas que suscribieron las partes y la reclamación administrativa de fecha 18 de febrero de 2019.
- Propuso como excepciones de fondo; cobro de lo no debido, buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales y contractuales, prescripción, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual la cual declaró que entre la sociedad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y DIEGO ANDRÉS CASTILLO PÉREZ se verificaron varios vínculos laborales cuyos extremos tuvieron una vigencia entre el 15 de diciembre de 2014 y el 19 de diciembre de 2018 en el que el actor desempeñó como último cargo el de Técnico Administrativo Nivel 2. Condenó a la demandada al pago de $4.557.783 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Como fundamento de la decisión señaló que no se aportaron elementos de juicio para determinar los motivos por los cuales se terminó el contrato a término fijo para iniciar un nuevo contrato por obra o labor para ejercer las mismas funciones del contrato inicialmente pactado, por lo que atendiendo la primacía de la realidad sobre las formas, declaró la existencia de una única relación laboral entre el 15 de diciembre de 2014 y el 19 de diciembre de 2018 y condenó a

la indemnización por despido sin justa causa en razón a que la terminación del convenio con el SENA era hasta el 31 de julio de 2018 y desde dicha fecha en adelante no existe prueba de que el plazo allí pactado se hubiera prorrogado y en consecuencia, no se encontraba vigente para la fecha de la comunicación, por lo que condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues no se probó la culminación de la obra o labor contratada en el convenio interadministrativo con el SENA pues dicho contrato terminó en fecha anterior a la desvinculación del trabajador. Tuvo en cuenta para ello que la vinculación era a término fijo conforme al artículo 46 del C.S.T. y liquidó los salarios que le hacían falta para la fecha de terminación del contrato por 3 meses y 7 días con un salario de $46.987,46 para un total de $4.557.783. En cuanto al calzado y vestido de labor, manifestó que correspondería la indemnización de perjuicios toda vez que no está demostrada la entrega del calzado y vestido de labor pero que las cotizaciones corresponden a un periodo posterior a la terminación del contrato por lo que consideró que no fueron debidamente probados y determinados los perjuicios por lo que absolvió a la demandada de esta prestación. En cuanto a la indemnización moratoria, manifestó que no encontró probada la mala fe de la parte demandada pues canceló todas y cada una de las prestaciones que le correspondían al trabajador.

Recurso de apelación

El demandante, manifestó que el último contrato se celebró el 3 de diciembre de 2018, cuando habían superado las prórrogas permitidas en la ley y por ello la vigencia del último contrato debía ser por un año, así mismo debía ser la indemnización, es decir por el tiempo que le hacía falta para el vencimiento y no por 3 meses. En cuanto a la dotación señaló, que conforme al artículo 167 del C.G.P. al tratarse de una negación indefinida estaba relevado de la prueba y el que estaba en condiciones de probar era la demandada y como no lo hizo se puede afirmar que le corresponde el pago de la compensación referida. En relación con la indemnización moratoria, solicita se condene a la demandada por cuanto actuó de mala fe al no haber entregado la dotación la que es considerada una prestación social, a sabiendas de la obligación que tenía y por las maniobras utilizadas para generar una contratación que perjudicaba al trabajador.

Parte demandada, indicó que no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, ya que los contratos fueron celebrados en virtud de los convenios pactados con el SENA y fueron con diferentes funciones, así como la asignación salarial, lo que era plenamente conocido por el demandante.

En cuanto a la terminación manifiesta, que deviene de una causa objetiva como es la terminación del convenio con el SENA, adujo que el demandante recibió las liquidaciones a satisfacción a la terminación de los contratos, por lo que solicita se le absuelva de las condenas impuestas en la sentencia. Concluyó que el actor no tenía derecho a dotación, teniendo en el salario devengado, por lo que no existe mala fe de su representada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se revoque parcialmente el fallo y se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa, debido a que su actuar fue de mala fe pues no suministró la dotación necesaria al actor y además no canceló las prestaciones a la terminación del contrato.

Parte demandada: indicó que no le asiste derecho al reconocimiento de la indemnización por despido injusto, dado que la terminación de los contratos laborales se efectuaron conforme a la Ley.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación".* Acorde con las inconformidades de las partes, se procede a resolver en primer lugar las presentadas por la parte demandada relacionadas con la existencia de diferentes contratos con diferentes funciones y salarios, toda vez que en caso de prosperar haría innecesario el estudio de los demás puntos objeto de apelación.

Contrato de trabajo.

Indica la parte demandada que se trató de contratos distintos con funciones y salarios diferentes, que se liquidaron a la terminación de cada uno, por lo que como se observa que fue aceptado por la parte demandada la existencia de los contratos suscritos con el demandante, se pasa a revisar la documental aportada para el efecto

a fin de determinar si existió una relación laboral en la forma declarada en la sentencia o si por el contrario se trató de varios contratos como lo indica el recurrente.

Según la documental aportada con la demanda y la contestación, así como la certificación expedida por SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. existieron contratos laborales por los siguientes periodos:

- Del 1 de septiembre de 2012 al 30 de septiembre de 2014 por obra o labor determinada para desempeñar el cargo de auxiliar de correspondencia con un salario de $1.344.792.
- Del 3 de octubre al 30 de noviembre de 2014, mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de técnico administrativo con una asignación salarial de $1.309.924
- Desde el 15 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2018, mediante contrato de trabajo a término fijo que se prorrogó mediante otrosí, para desempeñar el cargo de técnico administrativo con un salario de $1.409.924
- Por último, se suscribió un contrato de trabajo por obra o labor entre el 3 de diciembre y el 19 de diciembre de 2018 para desempeñar el cargo de técnico administrativo nivel 2 con la misma asignación salarial.

De lo anterior, se concluye que el actor prestó sus servicios de manera continua con la demandada por lo menos desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 19 de diciembre de 2019, por lo que conforme al recurso de apelación, se analizará si durante este periodo ejerció las mismas funciones o si por el contrario cumplió funciones diferentes y asignaciones salariales distintas.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4850-2016 señaló respecto a la vinculación en forma continua bajo diferentes contratos lo siguiente:

> *"La ley permite que una vinculación única y continua, si así lo acuerdan las partes, sea regulada por diferentes modalidades de duración del contrato de trabajo, aún sean celebrados sin interrupción.*
>
> *La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, - lo que no acontece en el sub – lite, - como cuando las contrataciones sucesivas sin interrupción tienen por finalidad no conceder el tiempo de descanso efectivo por vacaciones, o se procura cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido.*

No se requiere solución de continuidad para adoptar diferentes modalidades de contratación, máxime si con ello se asegura la permanencia de ingresos del trabajador.

De hecho, la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.

Para la Sala, la ley otorga a las partes la posibilidad de acogerse a diferentes modalidades de contratación, y todas ellas están amparadas por el principio de la estabilidad laboral, aún obre de manera diversa para cada una de ellas."

En consonancia con lo anterior, no es ilegal liquidar y firmar nuevos contratos sin interrupción, siempre y cuando no traiga como consecuencia perjudicar o defraudar al trabajador, toda vez que si se suscribe un contrato a término fijo y se tiene la necesidad de continuarlo, lo correcto es renovar o prorrogar el contrato, no liquidarlo y firmar uno nuevo. Es por ello que, cuando se termina un contrato de trabajo e inmediatamente, o luego de un corto intervalo de tiempo se suscribe otro en iguales condiciones que perjudica al trabajador, se entiende que en realidad existió un solo contrato sin solución de continuidad.

Acorde con los contratos aportados (fls. 95 a 118) si bien estos fueron liquidados a la terminación de cada uno de ellos, lo cierto es que se puede constatar que vulneraban los derechos del actor, pues de la documental aportada (fl. 95 a 100 y 102 a 106) se tiene que se desempeñó como TÉCNICO ADMINISTRATIVO con un salario de $1.309.924 con funciones iguales a las establecidas en los otros contratos, ya que, según cláusula cuarta de los contratos a término fijo, eran las siguientes:

- *Documentar y realizar seguimiento a la respuesta emitida.*
- *Revisar, realizar y administrar el archivo, actas, memorandos remisorios, oficios, comunicaciones masivas, pedidos de papelería y novedades de persona de Gestión documental asignado a la cuenta respectiva.*
- *Tramitar las necesidades de los clientes internos y externos a la entidad teniendo en cuenta los procesos de apoyo a la operación establecidos por SPN. Realizar seguimiento a las solicitudes de la operación y del recurso humano dentro de la ejecución del convenio, tales como reporte de incapacidades, ausencias injustificadas, trámites de permisos, licencias no remuneradas del personal asignado a la cuenta.*

- *Informar las novedades del personal asignado a la cuenta respectiva y asistir periódicamente a reuniones de seguimiento programadas*
- *Proveer de información de gestión sobre la calidad de la atención a los requerimientos y las demás que de acuerdo a su cargo y rol le sean asignadas.*

Estas funciones corresponden con las que se encuentran contenidas en la cláusula sexta del contrato por obra o labor suscrito el 3 de diciembre de 2018 numerales 2 a 6 (fl. 112) pues allí se establecieron iguales las funciones de *"documentar y realizar seguimiento a la respuesta emitida; revisar, realizar y administrar el archivo, actas, memorandos remisorios, oficios, comunicaciones masivas, pedidos de papelería y novedades de persona de gestión documental asignado a la cuenta respectiva. Tramitar las necesidades de los clientes internos y externos a la entidad teniendo en cuenta los procesos de apoyo a la operación establecidos por SPN. Realizar seguimiento a las solicitudes de la operación y del recurso humano dentro de la ejecución del convenio, tales como reporte de incapacidades, ausencias injustificadas, trámites de permisos, licencias no remuneradas del personal asignado a la cuenta. Informar las novedades del personal asignado a la cuenta respectiva y asistir periódicamente a reuniones de seguimiento programadas. Información de gestión sobre la calidad de la atención a los requerimientos y las demás que de acuerdo con su cargo y rol le sean asignadas con el fin de garantizar la prestación del servicio...".*

Conforme a lo anterior, no acreditó la parte demandada que el cargo de Técnico Administrativo para el que fue contratado el actor en los contratos a término fijo, tenía funciones diferentes a las que fueron determinadas en el contrato por obra o labor en el que el actor se desempeñó como Técnico Administrativo Nivel 2, máxime cuando se establecía en todos los contratos que le correspondían las funciones que de acuerdo a su cargo y rol le fueran asignadas con el fin de garantizar la prestación del servicio. Aunado a lo anterior, es de resaltar que el salario era el mismo en los dos cargos, lo que permite concluir que en el último contrato solo cambio el nivel del cargo, pero no las funciones ni el salario asignado.

Adicionalmente, respecto a los periodos de contratación el demandante fue vinculado mediante los siguientes contratos:

1) Contrato a término fijo el 15 de diciembre de 2014 y hasta el 9 de abril de 2015, esto es por un periodo de 3 meses y 24 días.
2) Este contrato que se prorrogó por 3 meses 26 días, (fl.100) esto es hasta el 4 de agosto de 2015.

3) La segunda prórroga se dio por el mismo término (fl. 101) esto es hasta el 30 de noviembre de 2015, contrato que se liquidó como aparece a folio 102.
4) A continuación y sin solución de continuidad, se suscribió un nuevo contrato a término fijo, desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 16 de octubre de 2016, por un periodo de 10 meses y 15 días. (fls. 102 a 107) el que también se liquidó (fl. 103).

No obstante, como se indicó anteriormente, esta nueva contratación podía efectuarse siempre y cuando no afectara los derechos del trabajador, los que en el caso en estudio se ven claramente vulnerados pues el actor continuó prestando sus servicios con las mismas funciones y la misma asignación salarial, de la siguiente manera:

5) A la terminación del contrato visto a folios 102 a 107 que era a término fijo se efectuó una prórroga (fl. 108) por 10 meses 15 días, hasta el 31 de agosto de 2017.
6) Posteriormente se dio otra prórroga por once (11) meses, a partir del 1º de septiembre (fl. 109) y hasta el 31 de julio de 2018.
7) Y otra más, por cuatro (4) meses, desde el 1º de agosto de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2018.
8) A partir del 1º de diciembre de 2018, se cambió la modalidad de contratación y se suscribió un contrato por obra o labor (fl. 11 a 118) que fue terminado 19 días después, mediante comunicación vista a folio 119.

En consecuencia, como estas nuevas contrataciones afectaron los derechos del trabajador, al vencimiento del plazo fijo pactado en la tercera prórroga, esto es, a partir del 17 de octubre de 2016, debía darse cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del artículo 46 del C.D.T., esto es, que "la renovación no podía ser inferior a un año y así sucesivamente", por lo que en este caso, como el actor continúo prestando sus servicios en forma continua y en las mismas condiciones durante toda la vinculación laboral, el contrato se renovó sucesivamente por un año cada vez así:

- Desde el 17 de octubre de 2016 hasta el 16 de octubre de 2017,
- Del 17 de octubre de 2017 hasta el 16 de octubre de 2018 y,
- Desde el 17 de octubre de 2018 hasta el 16 de octubre de 2019.

Por lo anterior, debe decirse que la vinculación laboral iba desde el 15 de diciembre de 2014 y hasta el 16 de octubre de 2019, por cuanto el contrato se prorrogaba por un año, por lo que como el 19 de diciembre de 2018, se dio por terminada la relación laboral (fl. 119), debe analizarse si se acreditó una justa causa para ello.

Despido sin justa causa.

La causa para la terminación del contrato comunicada mediante carta de fecha 19 de diciembre de 2018, fue por "culminación de la obra o labor contratada del convenio interadministrativo No. 00973 de 2014 suscrito con el SENA". El convenio mencionado fue aportado por la demandada y obra a folios 158 a 161, donde se indica que el mismo se suscribió el 5 de diciembre de 2014 y tenía como plazo hasta el 31 de julio de 2018 según la cláusula tercera.

Sobre este punto, la parte demandada no aportó prueba de prórroga, aplazamiento o interrupción del contrato o convenio con el Sena, por lo que se concluye que no probó, como era su obligación, la existencia de una causa objetiva para terminar el contrato, puesto que el convenio interadministrativo con el SENA había terminado 4 meses y 19 días antes de la desvinculación del demandante, sin que se explique o justifique el motivo por el cual el actor continuó prestando sus servicios después de terminado el contrato interadministrativo pactado con el SENA.

Por lo expuesto, se dio un despido sin justa causa y procede la condena al pago de la indemnización correspondiente, valor que fue objeto de controversia por la parte actora.

Indemnización por despido sin justa causa.

El actor manifestó que la vigencia del último contrato debía ser por un año y así mismo debía ser la indemnización, es decir por el tiempo que le hacía falta para el vencimiento del término y no por 3 meses.

Conforme a lo indicado en el punto anterior, el contrato se entendía sucesivamente prorrogado por un año desde el 17 de octubre de 2016 y en consecuencia como último contrato iba desde el 17 de octubre de 2018 hasta el 16 de octubre de 2019, acorde con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 64 del C.S.T., le correspondía una indemnización equivalente al tiempo faltante para cumplir el plazo, por lo que entre el 19 de diciembre de 2018 y el 19 de diciembre de 2019, le faltaban 9 meses y 27 días, por lo tanto le asiste razón al demandante, por lo que le correspondía una

indemnización liquidada sobre el salario devengado de $1.409.924 para un total de $12.958.247.

Calzado y vestido de labor.

El Juzgado de primera instancia no efectuó condena por esta pretensión; sin embargo, tanto la parte demandante como la demandada hicieron manifestaciones al respecto. Señaló la parte actora que conforme el artículo 167 del C.G. del P. al tratarse de una negación indefinida esta relevada de la prueba y quien estaba en condiciones de probar era la demandada y como no lo hizo le corresponde el pago de la compensación referida.

Lo primero que debe revisarse es si el actor tenía derecho al suministro de calzado y vestido de labor, el cual se reconoce a aquellos trabajadores que devengan una remuneración mensual de hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente y como el contrato de trabajo tuvo vigencia entre los años 2015 a 2018 dentro de los años 2016 a 2018, por lo que para estos años tenía derecho a la prestación. Ahora, respecto a que se trata de una afirmación indefinida como lo indica el demandante, y por ende, excluida de prueba para quien la hace, debe tenerse en cuenta que ello sucede cuando es imposible relacionar la afirmación con aspectos como modo, tiempo y lugar, lo que no sucede en este caso, donde el demandante aduce que el calzado y vestido de labor no se suministró por su empleador, lo que es una afirmación definida y en razón a ello debe acreditar la prueba de los perjuicios ocasionados.

En consecuencia, para que le sea reconocida una indemnización por este concepto debe probar el perjuicio causado por la no entrega de dichos elementos, lo cual podía demostrar mediante facturas de compra por los vestidos o calzados que se vio obligado a adquirir para cumplir con su servicio o por medio de las facturas que debió cancelar por el arreglo de su calzado o vestido de labor si se hizo necesario para su uso, pero en éste caso lo único que se aportó fue una cotización de un jean, una camiseta y unas botas industriales con refuerzo, que entre otras cosas, no corresponden a lo que debía utilizar el trabajador puesto que ocupaba un cargo administrativo y no acredita que el demandante hubiera efectuado el pago de estos elementos, por lo que no existir prueba alguna de los perjuicios no procede la condena deprecada.

Indemnización moratoria.

En cuando a la indemnización moratoria, solicita se condene a la demandada por cuanto la pasiva actuó de mala fe al no haber entregado la dotación la que es considerada una prestación social, a sabiendas de la obligación que tenía y por utilizar maniobras de contratación para perjudicar al trabajador. Respecto la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., es de resaltar que procede ante el no pago a la terminación del contrato de salarios y prestaciones debidas, lo que no sucede en el caso en análisis, pues lo que se condena a la demandada es al pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que no hay lugar al pago de indemnización adicional.

Así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 42940 del 7 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno:

> *"Otro aspecto de la acusación, que es propio de la vía directa, es el de la viabilidad jurídica que propone la censura respecto la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., ante el no pago a la terminación del contrato de los conceptos de vacaciones y de indemnizaciones, sobre el cual la Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones para señalar que no es procedente, por cuanto la misma está contemplada solo para la no cancelación oportuna de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y como quiera que, para la legislación laboral colombiana, las vacaciones son apenas un descanso remunerado y la indemnización por despido sin justa causa tiene un carácter sancionatorio, ninguno de estos dos conceptos constituye una prestación social, en estricto sentido,…"*

Conforme a las motivaciones precedentes, se **MODIFICA** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en cuanto al valor de la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, para fijarlo en la suma $12.958.247 y se **CONFIRMA** en lo demás.

COSTAS; Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de noviembre de 2019, en cuanto al valor de la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual se fija en la suma de $12.958.247, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL de HUMBERTO DE JESÚS GUZMAN IBAÑEZ contra UGPP. RAD. 2019 00245 01 JUZ 11.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

HUMBERTO DE JESUS GUZMAN IBAÑEZ demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. Le fue reconocida pensión restringida de jubilación a parir del 26 de febrero de 2003 mediante resolución GP No. 04541 en cumplimiento a orden judicial. Al momento de liquidarse la mesada se tomo como salario la suma de $332.526,65 al que se le aplicó la tasa de reemplazo del 64.57%, arrojando $214.712,44, monto ajustado al smmlv para el año 2003 ($332.000). En esta liquidación no le fue indexada la mesada pensional. Agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 80 a 85.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, aceptó el reconocimiento pensional en virtud de la orden judicial y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a la demandada a indexar la primera mesada pensional, teniendo como mesada para el año 2003 la suma de $881.251,6. Llegó a esa conclusión al establecer la mesada del actor no se indexaron los salarios entre la desvinculación de la Caja Agraria y el año en el que inició el disfrute de su pensión. Frente a la prescripción señalo que se encuentran prescritas las diferencias con anterioridad al 31 de agosto de 2015.

Apelación

La apoderada de la parte **demandada UGPP** inconforme con la decisión, señala que mediante resolución GP No. 04541 le fue reconocida pensión restringida de jubilación al actor a parir del 26 de febrero de 2003, dice que la mesada fue indexada conforme lo ordenado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y por el Tribunal Superior de Bogotá, y en ese sentido se ha venido actualizando año a año.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: reitera los argumento jurídicos y fácticos expuestos en la contestación de la demanda, en los alegatos de conclusión de primera instancia y en lo sustentado en el recurso de apelación, en el sentido de precisar que al actor se le hizo el reconocimiento pensional por órdenes judiciales, y esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral el 30 de enero de 1996 y que desde entonces se ha actualizado año a año la mesada pensional del demandante, no es de desconocimiento para la entidad que las mesadas pensionales deben actualizarse año a año y es una obligación que ha venido cumpliendo con el deber ser.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados[1].

Reclamación administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición de fecha 31 de agosto de 2018 (fls. 54 a 61), a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación en virtud de la indexación del último salario devengado. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Estatus de pensionado.

Con la resolución No. 04541 del 15 de mayo de 2006 la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO (fls. 51 a 53) reconoció a favor del señor HUMBERTO DE JESUS GUZMAN IBAÑEZ en cuantía de $332.000, a partir del 26 de febrero de 2003, monto que obtuvo de aplicarle a la suma de $332.526,65, una tasa de reemplazo del 64.57%, que arroja la suma de $214.712,44, suma ajustada al smmlv, tal como fue ordenado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 24 de octubre de 1995, decisión confirmada por esta Corporación y en sede de

[1] *Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.*

casación la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso NO CASAR la sentencia del Tribunal; al señalar que la mesada no podía ser inferior al smmlv para la época en que el actor alcance los 50 años de edad, momento en el que se le comenzaría a pagar su prestación.

Reliquidación de la pensión.

Se precisa que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 24 de octubre de 1995 que se reitera fue confirmada, reconoció a favor del actor la "*pensión restringida de jubilación en un 64,54% del salario establecido o sea la suma de $332.526,65 en razón de $214.712,44 sin que esta pueda ser inferior al salario mínimo para la época en el demandante demuestre haber cumplido 50 años de edad oportunidad en la cual se comenzara a pagar la pensión*"; y las pretensiones de la demanda se dirigen a la indexación del monto de la mesada pensional reconocida.

En ese orden de ideas encuentra La Sala que la mesada reconocida al señor HUMBERTO DE JESUS GUZMAN IBAÑEZ en la resolución No. 04541 del 15 de mayo de 2006 asciende a $332.000, al haberse ajustado el monto al smmlv al 26 de febrero de 2003, sin que se hubiese indexado tal suma por parte de la Caja Agraria en Liquidación al momento de liquidar y reconocer la pensión restringida de jubilación.

Así las cosas, se deberá indexar la suma de **$214.712,44** que corresponde a la mesada, entre la desvinculación del trabajador que acaeció el 7 de abril de 1993 y el 26 de febrero de 2013, fecha en que le fue reconocida la prestación. La anterior suma se indexa con base en la sentencia SL 736 de 2013, Magistrado Ponente Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en la que estableció que esta procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007[2], en la cual se toma como IPC INICIAL el del mes de diciembre de 2002 que correspondiente a 49.83 y como IPC INICIAL el del mes de diciembre de 1992 que asciende a 12,14, como se muestra a continuación:

[2] VALOR INDEXADO = VALOR INICIAL **x** $\frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$

$$\text{VALOR INDEXADO} = \$214.712,44 \times \frac{\textbf{IPC FINAL (IPC diciembre 2002 – 49,83)}}{\textbf{IPC INICIAL (IPC diciembre 1992 – 12,14)}}$$

Operación que arroja como primera mesada pensional para el año 2003 el monto de **$881.311,44,** muy cercano al determinado por el juzgador de primera instancia **- $881.251,6**-, y que pudo variar en razón a la cantidad de decimales utilizados al realizar los cálculos; en este sentido se confirma la sentencia en este punto.

La demandada UGPP deberá pagar al demandante la suma que resulte como retroactivo debidamente indexado al momento de su pago, efectuando el correspondiente descuento con destino al sistema de seguridad social en salud, como lo ha enseñado de manera reiterada el órgano de cierre de esta jurisdicción, como por ejemplo en la sentencia SL 1169 de 2019 Magistrado Ponente Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO[3].

Prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala de manera diáfana, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 15 de mayo de 2006 data en la cual se reconoció la prestación (fl. 51 a 53), se precisa que se toma la fecha de la resolución GP 04541 al no contar con la fecha de notificación; la reclamación administrativa se presentó el 31 de agosto de 2018 (fls. 54 a 61) y la demanda se radicó el 28 de marzo de 2019 (fl. 64), por lo anterior es claro que transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., y conlleva a que las mesadas causadas con antelación al **31 de agosto de 2015** se encuentren prescritas, tal como fue determinado por el A quo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para la confirmación de la sentencia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada están a cargo de la demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

---

[3] *En torno al tópico abordado en el cargo, esta sala de la Corte viene sosteniendo de manera consistente y pacífica que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL1422-2018 y CSJ SL1065-2018, entre muchas otras).*

DECISIÓN

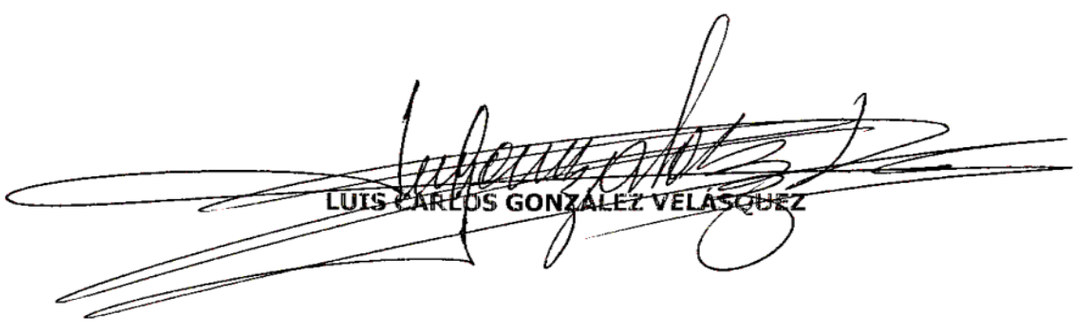
En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN.** Las de alzada están a cargo de la demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SONIA ISABEL DURANGO ROSERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2019 00356 01 Juz 26.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SONIA ISABEL DURANGO ROSERO demandó a la AFP PORVENIR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 50 y 51.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 49 y 5. Estuvo vinculada con el extinto ISS hoy Colpensiones desde que inició su vida laboral y hasta su trasladó a la AFP horizonte (hoy AFP Porvenir) en el 2003, después de recibir una asesoría en su lugar de trabajo por parte de los asesores de esa AFP; le pusieron de presente algunas las ventajas de la AFP. No se le hablo sobre las características, condiciones, efectos, riesgos y consecuencias del traslado de régimen. No le explicaron cómo funcionan las modalidades de pensión, el cobro de los gastos por administración, el capital que

debía acumular tampoco le hicieron una proyección de pensión. Agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 59 a 67

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al extinto ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 97 a 117.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la absorción de la AFP Horizonte con la AFP Porvenir y al petición de nulidad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo n debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir, de fecha 17 de marzo de 2003. Ordenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Porvenir) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR considera que cumplió cabalmente con la obligación de otorgar información oportuna, válida y veraz al demandante en los términos que exigía la ley para la fecha de traslado, pues no existía una normatividad vigente para la fecha, que exigiría las obligaciones a cargo de la AFP que pretende la parte actora se impongan. La demandante recibió la información al momento del traslado y conocía de las características del RAIS, hecho aceptado en el interrogatorio de parte, pues informó que fue quien busco a la AFP, además le fue informado que sus aportes generaban intereses, la realización de aportes voluntarios, la posibilidad de una pensión anticipada así como de heredar los aportes. Indica que a las AFP no se les impone los deberes establecidos en el régimen de protección al consumidor financiero, toda vez que la ley 100 de 1993 no establece ninguna obligación puntual para la administradora en materia de suministro de información. Solicita se absuelva a Porvenir de la devolución de los gastos de administración, por cuanto son una comisión de las AFP por la gestión y administración de los aportes del demandante durante la vigencia de la afiliación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** manifiesta que la parte demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos alegados por la parte demandante, al contrario respeto su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, toda vez que era una persona que gozaba de toda capacidad legal.

- **AFP PORVENIR:** Afirma que el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de

afiliación. Asimismo, considera que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda. Señala que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 26 de abril de 2019 (fl 42 y 43), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 17 de marzo de 2013, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 17 de marzo de 2013 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 138), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples

---

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 12 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que la AFP Horizonte le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, tales como los intereses generados, la posibilidad de una pensión anticipada y de heredar los aportes o la opción de realizar aportes voluntarios; pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es

de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

Resulta desacertada la afirmación de Porvenir acerca de que no se contempla el deber de suministro de información de las AFP en la normatividad vigente y el régimen de protección al consumidor financiero, comoquiera que la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, estableció que no es suficiente que las AFP den a conocer a los usuarios las distintas opciones del mercado, sino que se impuso el mandato de brindar asesoría y buen consejo. De otra parte, la ley 100 de 1993 pese a que no hace referencia de forma concreta al deber de suministro de información, establece que, si una persona jurídica o natural impide o atenta en contra del derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones son susceptibles a multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Por todo lo anterior, desde el inicio les ha correspondido a las AFP informar de manera clara y oportuna los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de que se declare ineficaz ese tránsito.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones*

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)
En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

legales", en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[5]), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[6]).

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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.

[5] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

[6] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS JULIO CHAVARRO MONTAÑO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Rad. 2019 00090 01 Juz 07.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS JULIO CHAVARRO MONTAÑO demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Se vinculó al ISS el 30 de junio de 1975, en donde cotizó un total de 676 semanas. Se trasladó a la AFP Porvenir el 16 de enero de 2004. Al momento del traslado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenia de retornar al RPM. El actor elevó reclamación

administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado y su retorno al RPM, la cual fue negada. A su vez solicitó a Porvenir la ineficacia de la afiliación que también fue rechazada por el fondo de pensiones. En el evento de haber seguido afiliado al RPM el valor de su mesada pensional seria de $2.015.320, mientras que en el RAIS equivale a $1.109.610

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 213 a 242.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al ISS, la solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones, la cual fue negada.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

LA AFP PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 297 a 313.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación al ISS, la solicitud de documentos a Porvenir, la solicitud de nulidad de traslado, la cual fue negada, que aun la AFP no ha efectuado la anulación de la afiliación y la actual afiliación al fondo de pensiones Porvenir S.A.
- Formulo como 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.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante del

RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir el día 16 de enero de 2004. Ordenó a Porvenir S.A. Ordeno trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no obra prueba alguna que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento, ahora bien, nos encontramos frente a un error de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado. Señala que el afiliado no está exonerado del deber de ilustración frente a la decisión de un cambio de régimen pensional. Considera que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado del RAIS al RPM afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales de la seguridad social de los demás afiliados.

- **PORVENIR S.A.:** considera que Porvenir cumplió cabalmente con la obligación de otorgar información oportuna, valida y veraz al demandante en los términos que exigía la ley para la fecha de traslado, pues no existía una normatividad vigente para la fecha, que exigiría las obligaciones a cargo de la AFP que pretende la parte actora se impongan. Indica que a las AFP no se les impone los deberes establecidos en el régimen de protección al consumidor financiero, toda vez que la ley 100 de 1993 no establece ninguna obligación puntual para la administradora en materia de suministro de información. Solicita se absuelva a Porvenir de la devolución de los gastos de administración, por cuanto los mismos son una comisión de las AFP por la gestión y administración de los aportes del demandante durante la vigencia de la afiliación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que en este caso no se puede hablar de una libertad informada, si en el momento del traslado el fondo de pensiones omitió información, solamente se limitó a llenar un formato prestablecido bajo argumentos de que siempre sería más beneficioso estar en el RAIS. Por lo anterior, solicita se confirme en todas sus partes el fallo.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que las AFP cumplieron con las obligaciones impuestas por la normatividad vigente en ese momento, la imposición de cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible que quebranta el principio de la seguridad jurídica. A su vez, destaca que la declaración injustificada en el presente caso, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De forma subsidiaria si se confirma la decisión, solicita se condicione el cumplimiento de la condena impuesta por Colpensiones, hasta que la AFP procede a la devolución de todos los valores obrante en la cuenta de ahorro individual.

- **AFP PORVENIR:** solicita se revoque la sentencia como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues el mismo se realizó de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como se evidencia del formulario de afiliación en su forma pre impresa, la cual se encuentra autorizada por la ley y prueba la libertad de afiliación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los

gastos de administración, el régimen de protección al consumidor financiero en materia de suministro de información y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 16 de octubre de 2018 (fls. 72 y 73), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS desde el 16 de enero de 2004 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 71).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 16 de enero de 2004 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 71), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

De acuerdo a lo anterior, la AFP Porvenir no acreditó haber brindado al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información

---

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019).

Resulta desacertada la afirmación de Porvenir acerca de que no se contempla el deber de suministro de información de las AFP en la normatividad vigente y el régimen de protección al consumidor financiero, comoquiera que la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, estableció que no es suficiente que las AFP den a conocer a los usuarios las distintas opciones del mercado, sino que se impuso el mandato de brindar asesoría y buen consejo. De otra parte, la ley 100 de 1993 pese a que no hace referencia de forma concreta al deber de suministro de información, establece que, si una persona jurídica o natural impide o atenta en contra del derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones son susceptibles a multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación. Por todo lo anterior, desde el inicio les ha correspondido a las AFP informar de manera clara y oportuna los efectos que genera el cambio de régimen, so pena de que se declare ineficaz ese tránsito.

En relación con el argumento de Colpensiones que refiere que el error de derecho no tiene fuerza legal que implique la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen, resulta oportuno recordar que lo que el hecho generador de la ineficacia del traslado es precisamente el incumplimiento de la AFP en el suministro de información completa, clara, veraz y comprensible por parte del afiliado, para que de esta manera su decisión goce de plena validez en el mundo jurídico. Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688[4] y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia

4

de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[5]), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[6]).

Bajo los razonamientos expuestos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

---

[5] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

[6] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

DECISIÓN

En mérito de 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.

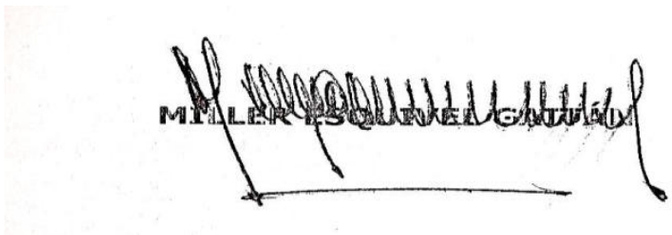
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MOISÉS VIVEROS CASTELLANOS CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00488 01 Juz 22.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MOISÉS VIVEROS CASTELLANOS demandó a la AFP PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 98.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 99 a 100. Nació el 31 de octubre de 1955. Empezó a laborar con la Caja de Crédito Agrario el 2 de julio de 1979, data en que inicio a realizar aportes al sistema general de seguridad social. Se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. el 23 de enero de 1998. Posteriormente se afilió a Santander S.A. (hoy AFP Protección) el 19 de mayo de 2003, Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.) el 25 de noviembre de 2005, AFP Skandia en el año 2006 y la AFP

ING en el 2011. El 1 de julio de 2011 retorno al fondo de pensiones Protección S.A., en el cual sigue afiliado actualmente. Al momento de los respectivos traslados no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. Desde el 9 de octubre de 2001 se encuentra vinculado a la Procuraduría General de la Nación en el cargo de profesional universitario grado 17. El total del tiempo cotizado como empleado público asciende a 27 años y 3 meses, que equivale a un total de 1.474 semanas, de las cuales 562.86 corresponden al bono pensional, 459.29 cotizadas a otras AFP y 488 en Protección S.A. La AFP Protección el 30 de noviembre de 2016 efectuó el cálculo actuarial, estableciendo en la modalidad de retiro programado una mesada pensional equivalente a $1.232.443. El monto de la mesada en el RPM seria aproximadamente de $3.600.000. El 6 de marzo de 2018 elevó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad de traslado al RAIS, la cual fue negada.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 124 a 149.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante y la solicitud de ineficacia de la afiliación al RAIS ante Colpensiones.
- Propuso como excepciones de fondo la inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, contestó como consta a fls. 270 a 288.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante.

- Formuló 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 y buena fe.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., en los términos del escrito visible en fls. 227 a 232.

- Se opuso a las pretensiones en su contra y no se opuso ni allanó en las dirigidas en contra de las demás demandadas.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos del escrito visible en fls. 160 a 172.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la densidad de semanas cotizadas, el cálculo actuarial de la mesada pensional efectuado por Protección y la fusión de Protección S.A. y la AFP ING.
- Formuló como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir de fecha 23 de enero de 1998. Ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. De otra parte, ordenó a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., remitir a Colpensiones los valores por conceptos de gastos de administración. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP demandadas no desplegaron su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostraron haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

COLPENSIONES inconforme con la decisión, alega que el demandante no demostró el daño alegado con el traslado efectuado al RAIS. Manifiesta que el afiliado no está eximido de su deber de ilustrarse respecto de los efectos, ventajas y desventajas que conllevaría la decisión de cambiarse de régimen pensional, incumpliendo sus deberes como consumidor financiero.

LA AFP Porvenir considera que el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, donde el acto jurídico con la AFP fue efectuado en cumplimiento de todos los presupuestos normativos de la época. Además, indica que estamos frente a un afiliado lego, toda vez que el demandante es un abogado, especialista en derecho público, lo cual permite inferir que estaba capacitado para tener una mayor comprensión y conocimiento de la temática pensional. De otra parte, con los múltiples traslados horizontales entre administradoras de pensiones, ratifico su voluntad de permanecer en el RAIS. No era obligación para la data en que se dio el traslado, documentar la asesoría por escrito y por tanto la exigencia de la carga de la prueba en cabeza de la AFP no es acorde con lo que establecía la ley para dicha época. Señala que en el fallo se pasó por alto el deber como consumidor financiero del sistema general de seguridad social que tenía el actor para ilustrarse sobre los efectos que conllevaría su cambio de régimen pensional. Afirma que, si se debe aplicar el fenómeno prescriptivo sobre la pretensión de la declaratoria de nulidad de traslado, comoquiera que no tiene relación directa con el derecho pensional. Solicita se revoque la orden de la devolución de los gastos de administración, pues los mismos son comisiones que recibe la AFP por la buena gestión de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante durante la vigencia de su afiliación.

Old Mutual S.A.: solicita se revoque parcialmente la decisión en lo que tiene que ver con la condena impuesta de la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales , toda vez que la ley 100 de 1993 destina un 3% de cotizaciones en ambos regímenes pensionales para cubrir unos gastos, comisión de administración y el pago de una prima contra riesgos, pues también se generan unas obligaciones para las AFP como son administrar una cuenta de ahorro individual y garantizar una rentabilidad mínima. Por todo lo anterior, manifiesta que el fondo de

pensiones actuó de buena fe durante el tiempo que el actor estuvo afiliado y administro en debida forma sus aportes, generando rendimientos que no hubieran sido posible de seguir afiliado en el RPM.

Protección S.A.: se encuentra inconforme con la sentencia en lo que tiene que ver con la orden de devolución de los gastos de administración a Colpensiones. Manifiesta que la comisión de administración y la prima de seguro previsional son descuentos autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003 que autoriza a las AFP para realizar las deducciones del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por pensión que se usa para cubrir los gastos de administración y pagar la prima de seguro previsional que opera tanto en el RAIS como en el RPM. Por tanto, dicha decisión atenta contra disposiciones legales que regulan la actividad de las administradoras de pensiones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Señala que al momento del traslado de régimen pensional del actor no se le brindó la información necesaria y suficiente para establecer las desventajas y ventajas del cambio de régimen. De otra parte, aduce que los fondos pensionales no demostraron efectivamente que cumplieron con el deber de información a su cargo, más aun por la obligación probatoria que les asistía. En el presente caso no hubo un consentimiento debidamente informado y el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar la voluntad.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que las AFP cumplieron con las obligaciones impuestas por la normatividad vigente en ese momento, la imposición de cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible que quebranta el principio de la seguridad jurídica. A su vez, destaca que la declaración injustificada en el presente caso, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De forma subsidiaria si se confirma la decisión, solicita se condicione el cumplimiento

de la condena impuesta por Colpensiones, hasta que la AFP procede a la devolución de todos los valores obrante en la cuenta de ahorro individual.

- **AFP PORVENIR:** solicita se revoque la sentencia como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues el mismo se realizó de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como se evidencia del formulario de afiliación en su forma pre impresa, la cual se encuentra autorizada por la ley y prueba la libertad de afiliación.

- **PROTECCION S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

- **AFP OLD MUTUAL S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, deber de diligencia como consumidor financiero, el fenómeno prescriptivo, la devolución de los gastos de administración y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 6 de marzo de 2018 (fls. 51 a 89), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el23 de enero de 1998 (fl. 30) cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. Luego se

trasladó a la AFP ING (hoy Protección S.A.), según formulario que reposa a folio 35 el 18 de mayo de 2011. Posterior a ello se vinculó a la AFP Skandia S.A. desde el 7 de diciembre de 2006 (fl. 34). Realizo un traslado a la AFP Horizonte S.A., (hoy Porvenir S.A.) (fl. 33) a partir del 25 de noviembre de 2005 y finalmente se vinculó a la AFP Santander el 19 de mayo de 2003 (hoy Protección S.A.) según formulario que reposa a folio 32.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 23 de enero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 30), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 26 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen y por ende permanencia en el RAIS por más de 23 años no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Porvenir no se subsana con la profesión del actor, pues sus estudios en derecho así como los conocimientos en derecho público, como quiera que el nivel de estudios no lo hace conocedor de todas las características de los regímenes pensionales y de las eventuales implicaciones de un traslado, pues se reitera, el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Respecto a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 23 años tomo esa decisión,

---

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del C.S.T, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Resulta desacertada la afirmación de Colpensiones acerca de la falta de cuidado del actor como consumidor financiero, comoquiera que la ley 1328 de 2009 en su artículo 3°, *establece: "**Artículo 3°.** Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros".*

De acuerdo a lo anterior, al efectuar la afiliación se debe recibir de parte de los fondos de pensiones la información clara, suficiente, oportuna, verificable y veraz que permita al afiliado una amplia comprensión e interpretación de la información suministrada, y en virtud de las obligaciones reciprocas que surgen de la relación entre entidades que proporcionan un servicio o producto y el consumidor financiero, no se puede exigir diligencia al usuario, si no se le dieron las herramientas suficientes para estar debidamente informado del servicio adquirido.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, Old Mutual S.A. y Protección S.A., es preciso indicar tal

como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[4]), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[5]).

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

---

[4] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

[5] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

DECISIÓN

En mérito de 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.

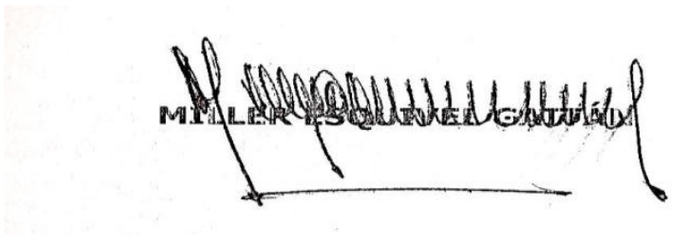
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GRACIELA DÍAZ ROJAS CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00473 01 Juz 36.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GRACIELA DÍAZ ROJAS demandó a la AFP PORVENIR, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 61.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 6. Nació el 19 de octubre de 1960. Se afilio al ISS el 14 de agosto de 1981. Se trasladó a la AFP Colfondos en junio de 1996. Para la fecha del traslado contaba con 770 semanas. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del

traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El traslado se efectuó por orden de la empresa Inversiones Omega Ltda., que procedió a recibir las firmas en los formularios de afiliación. Posteriormente la demandante se afilió a Porvenir S.A. el 4 de diciembre de 2001. El 5 de marzo de 2018 la actora solicito la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir y Colfondos S.A. el 9 de marzo de 2018 elevo reclamación administrativa ante Colpensiones. Ninguna AFP remitió a la señora Diaz Rojas la documentación de la asesoría, toda vez que manifestaron que para dicha data la asesoría había sido de forma verbal.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 85 a 113.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa radicada ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito la inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

LA AFP PORVENIR contestó en los términos del escrito visible a folios 169 a 179.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de ineficacia de la afiliación ante Porvenir, la solicitud de la simulación pensional y la contestación de Porvenir a la petición.
- Formuló 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 y genérica.

COLFONDOS S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 144 a 151.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la solicitud de ineficacia de traslado ante Colfondos S.A. y la contestación de la petición.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de Colfondos S.A., de fecha 1 de agosto de 1996. Ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez en los términos de la ley 797 de 2003 desde su desafiliación y de acuerdo a las cotizaciones efectuadas hasta ese momento. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, encontró cumplidos los preceptos legales para otorgarla, pero su disfrute queda condicionado al reporte de la novedad de retiro del sistema general de pensiones.

Recurso de apelación

La AFP Porvenir manifiesta que cumplió con su deber de brindar una asesoría completa y oportuna a la demandante. La exigencia probatoria en cabeza del fondo de pensiones no es acorde a los requisitos vigentes al momento del traslado, lo que hace imposible demostrar la asesoría escrita, una proyección de la mesada pensional o doble asesoría. Indica que la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima pensional. Solicita se revoque la condena de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos valores ya fueron

descontados para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. De igual forma solicita no se condene en costas a la entidad, ya que goza de buena fe objetiva.

COLPENSIONES Considera que el deber de información ha venido variando a lo largo del tiempo y la exigencia de una doble asesoría o proyecciones pensionales es algo imposible para la AFP, ya que al momento del traslado la actora solo tenía 30 años, era difícil para el fondo de pensiones prever las condiciones en que se podría pensionar a futuro. Señala que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado, toda vez que la actora no contaba con ninguna expectativa legítima en su momento y se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por lo que no se puede trasladar en cualquier tiempo. De otra parte, manifiesta que no se acreditaron las situaciones que dieron lugar a vicios del consentimiento en el acto jurídico de la afiliación. Afirma que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Dice que de sus afiliaciones a varios fondos de pensiones se colige su voluntad de permanecer en el RAIS y su falta de cuidado como consumidora financiera. En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, manifiesta que no es posible, comoquiera que no se ha retirado del sistema general de pensiones y Colpensiones no puede pagarla hasta tanto sean trasladados los aportes de la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se confirme la decisión. Afirma que la falta de la debida asesoría le acarreo a la demandante una disminución de su mesada pensional del 65%, le implica pensionarse a una edad más tardía, pues en el RAIS alcanzaría a cumplir con los requisitos a los 60 años de edad, mientras que a los 57 años de edad requiere de la negociación del bono pensional en bolsa, lo que conlleva a la perdida por redescuento de al menos 8% anual, y el valor del bono no es significativo para financiar la mesada pensional. De igual manera, ni aun con los aportes voluntarios alanzaría a reunir el saldo requerido para igualar el monto pensional que tendría en el RPM.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que la declaración de ineficacia del traslado resulta improcedente, como quiera que la actora se encuentra inmersa en la

prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. Considera que las AFP cumplieron con las obligaciones impuestas por la normatividad vigente en ese momento, la imposición de cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible que quebranta el principio de la seguridad jurídica. A su vez, destaca que la declaración injustificada en el presente caso, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

- **COLFONDOS S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

- **AFP PORVENIR:** solicita se revoque la sentencia como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues el mismo se realizó de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como se evidencia del formulario de afiliación en su forma pre impresa, la cual se encuentra autorizada por la ley y prueba la libertad de afiliación.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente en lo que hace referencia a la pensión de vejez.

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los gastos de administración y primas de seguros previsionales, aplicación de la línea jurisprudencial de la C.S.J., la estabilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 27 de febrero de 2018 (fls. 31 a 37), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 4 de noviembre de 2001, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir según formulario que reposa a folio 181, luego de estar afiliada a Colfondos S.A. desde el 8 de junio de 1996 (fl.153).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 8 de junio de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A. (fl. 153), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados

---

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, la AFP Colfondos no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (fl. 153) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Además, tampoco fue realizada una proyección de su mesada pensional o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Es por lo anterior, que el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen no procede para pretender convalidar con esa actuación la decisión de cambio de régimen pensional.

De otra parte, no es dable acoger el argumento de COLPENSIONES según el cual el actor no puede retornar al RPM por estar inmerso en la prohibición prevista en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia del acto del traslado se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento

---

[3] *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[1], y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Respecto a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[4]), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna

[4] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[5]).

Resulta desacertada la afirmación de Colpensiones acerca de la falta de cuidado de la actora como consumidora financiera, comoquiera que la ley 1328 de 2009 en su artículo 3°, *establece: "**Artículo 3°.** Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros".*

Conforme a lo anterior, al efectuar la afiliación se debe recibir de parte de los fondos de pensiones la información clara, suficiente, oportuna, verificable y veraz que permita al afiliado una amplia comprensión e interpretación de la información suministrada, y en virtud de las obligaciones reciprocas que surgen de la relación entre entidades que proporcionan un servicio o producto y el consumidor financiero, no se puede exigir diligencia al usuario, si no se le dieron las herramientas suficientes para estar debidamente informado del servicio adquirido.

De acuerdo a lo planteado por Porvenir acerca de la errónea exigencia de la prueba exclusivamente a la administradora de pensiones, La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde adoctrino que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

> *"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia*

[5] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP […] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".

Pensión de vejez

El Art. 9 de la Ley 797 de 2003, normativa bajo la cual solicita la demandante el reconocimiento pensional, dispone:

"Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

En relación con el primero de los requisitos, se tiene que cumplió los 57 años de edad el 19 de octubre de 2017 (fl. 20), en cuanto a la densidad se semanas, está acreditado que la actora cuenta con un total de 1.761 semanas (fl. 275), contabilizando las que hizo por efecto del traslado de régimen en Porvenir (999 semanas RAIS + 762 semanas ISS), con lo que se tienen por satisfechos los requisitos de causación de la prestación.

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990[6], el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a las documentales obrantes a folios 279 y 280 se verifica que la demandante para la fecha de presentación de la demanda continuaba cotizando, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite la desafiliación del sistema.

[6] ***ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ****. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."* (Subrayado fuera del texto)

No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de la cuenta de ahorro individual que poseía la demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Porvenir, desde el cumplimiento de la edad mínima o desde la fecha de retiro del sistema según sea el caso. En cuanto a la liquidación de la prestación, la entidad deberá ceñirse a lo establecido en los Art. 21, 33 y 34 de la Ley 100/93. Lo que implica modificar la sentencia en este aspecto.

Ahora bien, en atención a la solicitud de Porvenir S.A. de no ser condenada en costas, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso[7], procede la condena en costas a cargo del recurrente que no le prospere su apelación.

Bajo los anteriores argumentos se modifica la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal cuarto (4°) de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de fecha 16 de septiembre de 2020, el cual quedará así;

> *"**CUARTO- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de **GRACIELA DÍAZ ROJAS**, a partir del momento en que*

[7] Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

acredite la desafiliación del sistema, cuyo monto se deberá calcular conforme las directrices impartidas en la parte motiva de esta sentencia.

Se aclara que el derecho pensional se hará exigible desde la fecha en que Colpensiones reciba todos los dineros por parte de la AFP Porvenir, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia".

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de fecha 16 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526), a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

MILLER ESQUIVEL GAITÁN