

REPÚBLICA 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 MANUEL APOLINAR HERNÁNDEZ ORTEGA contra UGPP. RAD. 2014 00690 JUZ 04.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril 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

MANUEL APOLINAR HERNÁNDEZ ORTEGA demandó a la UGPP, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5, 54 y 55.

- Reliquidación de la pensión con los factores devengados en el último año.
- Indexación de la primera mesada.
- Costas.

Los hechos se describen a fls 5, 6, 55 y 56. Nació el 23 de junio de 1946, laboró para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO entre el 08 de agosto de 1973 y el 31 de diciembre de 1998 en el cargo de jefe de sección grado 14. El 23 de junio de 2001 cumplió los 55 años de edad, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció pensión de vejez en Resolución No 19158 del 18 de julio de 2002 en cuantía de \$1.306.947.95 sin embargo omitió liquidar todos los factores salariales devengados en el último año. El 10 de octubre de 2012, solicitó la reliquidación de la prestación y la indexación de la primera mesada pretensiones que fueron negadas a través de la Resolución RDP 000906 del 11 de enero de 2013, acto administrativo contra el cual interpuso los recursos de ley.

Actuación Procesal

Inicialmente la demanda correspondió por reparto al Juez 17 Administrativo de Bogotá quien el auto del 01 de septiembre de 2014 dispuso remitir las diligencias a los juzgados laborales del circuito de esta ciudad. EL Juzgado 4 Laboral del Circuito en auto del 28 de enero de 2016 propuso el conflicto negativo de competencias el cual fue dirimido el 02 de agosto de 2017 y se otorgó la competencia al Juez Laboral del Circuito. Definido lo anterior la UGPP contestó la demanda en escrito visible a fls 78 a 91.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el rechazo de la reliquidación pretendida.
- Formuló como excepciones de mérito; liquidación de la pensión con los factores salariales del Dto. 1158 de 1994, prescripción, inexistencia de la obligación, no hay lugar a indexación, genérica, pago y compensación.

La **UGPP** solicitó llamar en garantía al Fondo Nacional del Ahorro, entidad que contestó tal como se advierte de los folios 178 a 196.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación laboral.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia del derecho, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a la UGPP y al FNA y condenó en costas al demandante. Llegó a tal determinación al advertir la improcedencia de la inclusión de todos los emolumentos sin distinción percibidos por el actor en el último año de servicio, los cuales al revisar se encuentran conforme con el Dto. 1158 de 1994 y advirtió de la revisión de la pensión que la misma había sido debidamente indexada.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: La **UGG**, pide se confirme la decisión dado que la pensión ya reconocida se encuentra ajustada a derecho, como quiera que al momento de ser liquidada le fueron incluidos todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicio conforme al régimen de transición del cual es beneficiario.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO, afirmó que cumplió con sus obligaciones laborales, razón por la cual no le asiste derecho a la reliquidación pretendida por cuanto la pensión reconocida fue liquidada según el art. 36 de la Ley 100/93.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el **grado jurisdiccional de consulta**, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones del demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación del 10 de octubre de 2012 (fls 21 a 26) a través de la cual se solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año junto con la indexación de la primera mesada, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

El actor no controvierte la normatividad con la que se reliquidó la prestación, fecha de efectividad y tasa de remplazo aplicada, tampoco es tema de controversia que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que en virtud de este mediante Resolución No 19158 del 18 de julio de 2002 la Caja Nacional de Previsión le reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez en cuantía de \$1.306.947,95 efectiva a partir del 23 de julio de 2001. Para el reconocimiento pensional se tuvo en cuenta aunado al beneficio de la transición, que el actor laboró para el Fondo Nacional del Ahorro donde acumuló un total de 1306 semanas y su último cargo fue de jefe de Sección Grado 14. (fls. 16 a 19).

Liquidación de la pensión

En cuanto a la pretensión de reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio advierte La Sala que la misma resulta improcedente, como quiera que los parámetros para liquidar esta pensión por ser el demandante beneficiario del régimen de transición, son los regulados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹, por lo que solo la edad y el tiempo de servicios se someterá a la Ley 33 de 1985, pero la forma de liquidar el IBL es la regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la misma Ley², si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho o conforme su artículo 21³ si ese lapso era superior. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando adoctrina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se pueden consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con

¹ La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayado por la Sala)

² El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

³ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

radicado No. 33343⁴ cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º de marzo de 2011 con radicación No. 40552 con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁵.

Así las cosas, como el demandante cumplió los 55 años de edad el 23 de julio de 2001, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, razón por la cual el IBL fue liquidado teniendo en cuenta los aportes de los últimos 4 años y 9 meses tal como lo ordena el art. 36 *ibídem*, con lo que se concluye que la liquidación efectuada por Cajanal en su momento está ajustada a derecho y no es posible hacer una liquidación con la inclusión exclusiva de lo devengado en el último año de servicios como se solicita erróneamente.

Ahora, es de advertir que si bien la norma establece los períodos a tener en cuenta para determinar el IBL, no regula los factores que lo conforman, ni los que integran la remuneración con la cual se calcula el ingreso base de cotización de los aportes obligatorios al Sistema General de Pensiones, aspecto que dilucida el artículo 18 de la Ley 100 de 1993⁶, que define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que determine el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, reglamentado por el Decreto 691 de 1994 en su artículo 6º modificado por el Decreto 1158 del mismo año, cuyos factores son:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

⁴ “Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión.”

⁵ “Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3º de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1º de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”

⁶ **ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN.** La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992. (subrayado de la Sala)
(...)

Norma que se aplica al demandante y que conforme certificación expedida por el Jefe de División de gestión humana del Fondo Nacional del Ahorro los factores causados por el actor corresponden a la asignación básica, prima técnica y prima de antigüedad (expediente administrativo – cd fl. 75). En ese orden, no resulta procedente como lo pretende el demandante incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios para calcular el IBL. Así lo ha lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto se puede consultar la sentencia del 26 de febrero de 2002 con radicado No. 17192⁷ cuyo ponente fue el Dr. Francisco Escobar Henríquez y en la SL 3839-2015 de fecha 25 de marzo de 2015 con radicación No. 45627 con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno⁸.

Finalmente y en lo que respecta a la actualización de la primera mesada se advierte de la Resolución No. 19158 del 18 de julio de 2002 que la Caja Nacional de Previsión se ocupó de indexar los factores salariales desde el año 1994 hasta el año 2000 con los IPC correspondientes a cada anualidad, con lo cual se constata que la pensión de HERNÁNDEZ ORTEGA fue debidamente indexada.

Suficientes las anteriores razones para **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

COSTAS

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

⁷ "El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase"

⁸ "En cuanto al primer reproche, salta a la vista que el Tribunal no cometió ningún error frente el entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues se limitó a acoger el criterio de esta Corporación, vertido en la sentencia CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, el cual ha sido reiterado en múltiples ocasiones posteriores, como en la sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 44889, de conformidad con el cual no pueden entenderse de manera diferente los conceptos "devengado" y "cotizado", contenidos en la norma citada, pues lo cierto es que el Sistema General de Seguridad Social Integral se soporta fundamentalmente en las cotizaciones que hagan los obligados, de modo tal que las prestaciones económicas otorgadas deben ser un reflejo directo de los aportes efectuados, por lo que la interpretación más acorde con la estructura y finalidad del sistema es aquella que entiende que la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe hacerse con base en los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sirvan de base para el cálculo de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones (...)

Ahora bien, frente a la segunda inconformidad del recurrente, relativa a la inaplicabilidad del Decreto 1158 de 1994, en lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, la misma sentencia en cita, resaltó:

"De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192...

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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de agosto de 2019, 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



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE JANETH ÁRIAS CASTRO, JHON ALEXANDER PÉREZ ÁRIAS Y ALIX DANIELA MEJÍA ÁRIAS CONTRA NEUTA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S. Y CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. Rad. 2016 00624 01 Juz. 34.

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

JANETH ÁRIAS CASTRO, JHON ALEXANDER PÉREZ ÁRIAS Y ALIX DANIELA MEJÍA ÁRIAS demandaron a NEUTA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S. Y CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 48 a 49.

- Existencia de relación laboral.
- Declaración de accidente y muerte con ocasión del trabajo.
- Reparación del daño a la familia.
- Lucro cesante.
- Daño moral.
- Intereses de mora.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 49 a 50. El señor Sergio Andrés Mejía Arias presto sus servicios a la sociedad NEUTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. mediante contrato de obra o labor determinada desde el 28 de enero 2016 hasta el día de su fallecimiento el 21 de julio de 2016. En este

periodo el causante fue contratado para desempeñar el cargo de ayudante de obra en "La Estrada". El señor Mejía fue asignado por el empleador para realizar actividades de construcción de apartamentos de vivienda, en la localidad de Engativá. La contratación de la obra la había efectuado el empleador NEUTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. con la sociedad CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. quien fue la sociedad beneficiaria de esas obras. El salario estipulado por las partes fue en promedio, la suma de \$738.983. El contrato finalizó por muerte del trabajador, la cual ocurrió en ocasión al desempeño de sus labores el 13 de julio de 2016. El señor Mejía el día del accidente de trabajo se encontró de improviso con un cable de alta tensión que lo impacto con una descarga eléctrica, dejándolo inconsciente. Pese a los intentos médicos, el trabajador no logró sobrevivir y falleció el 21 de julio de 2016, a consecuencia de la descarga eléctrica que ocasiono insuficiencia respiratoria aguda producida por exposición a corrientes eléctricas, con voltajes entre 11.000 a 15.000 voltios. En el lugar no había una protección o separación de los cables de alta tensión siendo un grave riesgo para los ayudantes de obra. Además, al señor Mejía no le fueron suministrados los elementos de protección personal contra el riesgo de cables de electricidad o trabajo en alturas. Jhon Alexander Pérez Arias y Alix Daniela Mejía Arias son sus hermanos, quienes le sobrevivieron. El causante apoyaba a su madre en el sostenimiento económico del hogar.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

La demandada **CODISPLAN S.A.S.** contesto en el escrito visible a folios 82 a 92.

- Se opuso a las pretensiones, pero se atiene a lo probado en el proceso.
- En cuanto a los hechos aceptó; la relación laboral entre el señor Mejía y Nauta Ingeniería y construcciones S.A.S., la contratación entre Neuta y Codisplan S.A.S., los primeros auxilios realizados al señor Mejía el día del accidente, el fallecimiento del señor Sergio Andrés Mejía, la causa del deceso, la fecha de nacimiento del señor Mejía, la fecha de nacimiento de la madre del occiso y el vínculo consanguíneo del fallecido con los demandantes.
- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva por no ser Construcciones y Diseños Planificados S.A.S. el encargado de

responder sobre la indemnización ordinaria de perjuicios, por no existir nexo causal entre su participación y la culpa patronal, inexistencia de solidaridad entre la demandada Construcciones y Diseños Planificados S.A.S. y la empresa Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S., culpa exclusiva de la víctima y compensación.

La demandada **NEUTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** dio contestación en el escrito visible a folios 69 a 74 de manera extemporánea, por lo que se le tuvo por no contestada la demanda y en consecuencia como indicio grave en su contra.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la cual dispuso declarar la existencia del contrato de trabajo entre el causante y la sociedad Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S., e impuso las siguientes condenas;

PRIMERO- DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor suscrita entre el causante Sergio Andrés Mejía Arias quien en vida se identificó con la cedula de ciudadanía número 1.095.945.628 y la empresa Neuta ingeniería y construcciones SAS, que tuvo su duración entre el 28 de enero del 2016 y el 21 de julio del 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO-CONDENAR a la sociedad Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S., al reconocimiento y pago a favor e Janeth arias castro y de manera indexada por las siguientes sumas de dinero;}

- a. Por el lucro cesante consolidado la suma de 27.230.129 pesos
- b. B por lucro cesante futuro la suma de 11.294.151 pesos
- c. Por daños morales la suma de 60 SMLMV al momento de su pago.

TERCERO- CONDENAR a la sociedad Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S al reconocimiento y pago a favor de Alix Daniela Mejía arias por daños morales la suma de 30 SMLMV al momento de su pago y a favor de John alexander Pérez por concepto de daños morales la suma de 30 SMLMV al momento de su pago.

CUARTO- CONDENAR solidariamente al reconocimiento y pago de los valores de que trata los numerales segundo y tercero a la sociedad Construcciones y Diseños Planificados S.A.S. Codisplan S.A.S. a pagar todas las condenas impuestas en esta providencia y conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO- CONDENAR en costas a las demandadas sociedades Neuta Ingeniería y construcción S.A.S. y construcciones y diseños planificados S.A.S.

Codisplan S.A.S por un valor de 6 SMLMV a razón de un 50% para cada una de las demandadas y en favor de los demandantes.

Llego a esa determinación, como quiera que se encontraron probados todos los presupuestos que constituyen una relación de carácter laboral entre el señor Sergio Andrés Mejía Arias (QEPD) y la empresa Constructora Neuta S.A.S. entre el 28 de enero del 2016 y el 21 de julio del 2016. Respecto al accidente fatal sufrido por el causante y familiar de los demandantes en el proceso, se acreditó con todo el acervo probatorio allegado que se trataba de un accidente de trabajo por culpa patronal, toda vez que la empresa demandada no demostró la debida diligencia y cuidado, además del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en las resoluciones vigentes en seguridad y salud en el trabajo, como lo es advertir el riesgo eléctrico al encontrarse la obra tan cerca de los cables de alta y media, en consecuencia proporcionar a sus trabajadores elementos de protección personal que hubiesen protegido al trabajador de la fuerte descarga eléctrica, que fue la causa de su deceso. Por otra parte, se declaró la solidaridad entre la sociedad Neuta S.A.S. y Codisplan S.A.S. quedando esta última obligada a pagar todas las condenas impuestas a la directamente empleadora.

Recurso de apelación

El apoderado de la demandada Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S

inconforme con la decisión, solicita sea revocado el fallo integralmente. Manifiesta que en el presente caso hubo culpa exclusiva de la víctima, ya que el causante faltó a su deber de diligencia y cuidado, pues laboraba bajo los efectos de estupefacientes y esto último fue confirmado con el testimonio de su ex compañero de trabajo Leónidas Veloza Salgarra, con quien consumía drogas momentos previos a iniciar sus actividades laborales e incluso en los descansos, afirma que al sufrir una persona una descarga de 15.000 voltios sus tejidos y fluidos quedan destruidos, lo que imposibilita una química sanguínea. Señala que no fue debidamente analizado el material probatorio por parte del juez de primer grado y que se hizo caso omiso al hecho de que Sergio Andrés Mejía al momento del accidente estaba en un lugar en contravía de la orden que le había sido impartida y haciendo una actividad que no le había sido encomendada por su superior al mando. Señala que dentro de las funciones del extrabajador no se encontraba el manejo de electricidad, razón por la cual no contaba con EPP en relación con este riesgo. Según la resolución 2811 de

julio 29 del 2019 del Ministerio del Trabajo, el empleador cumplió absolutamente con todas sus obligaciones.

CODISPLAN S.A.S. manifiesta que el material probatorio aportado dentro del plenario no fue tenido en cuenta en su totalidad. Señala que en el presente caso hubo culpa exclusiva de la víctima porque efectivamente quedó demostrado en la investigación del accidente de trabajo, que hubo una insubordinación por parte del trabajador al subir al séptimo piso y no al sexto como le había sido ordenado. Frente a los programas de salud ocupacional, se evidenció el cumplimiento de parte de Neuta S.A.S., toda vez que se allegaron todos los documentos que acreditan que la empresa empleadora cumplía con todas las medidas en prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo, así como los elementos de protección personal que si fueron entregados y están debidamente relacionados con la labor que ejercía el trabajador, toda vez que el señor Mejía Arias no tenía labores relacionadas con el manejo de cables de electricidad, sus funciones eran como ayudante de ejero. Afirma que hay inexistencia de solidaridad entre CODISPLAN S.A.S. y NEUTA S.A.S., porque esta figura en caso de accidentes laborales no se encuentra legislada, por tanto, constituye una omisión legislativa que por vía jurisprudencial no es posible subsanar.

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:

- **Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S.:** señala que en el presente caso existió culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el trabajador sufrió el incidente en atención a ordenes que no se le habían suministrado. De otra parte, manifiesta que el causante se encontraba bajo el efecto de sustancias psicoactivas y que era algo que solía hacer el señor Mejía Arias a escondidas en el lugar de trabajo.
- **Codisplan S.A.S.:** solicita se revoque la sentencia. Manifiesta que no fueron tenidos en cuenta los testimonios recepcionados, los cuales fueron contundentes e inequívocos al considerar que el trabajador incumplió las

órdenes dadas por su jefe inmediato. No se tuvo en cuenta que la CULPA PATRONAL debe ser demostrada por la parte que la aduce, lo cual no sucedió, es una de las únicas situaciones en las cuales se invierte la carga de la prueba y era obligación del demandante demostrarla. Señala que dar por hecho que el trabajador SERGIO ANDRES MEJIA ARIAS tenía funciones relacionadas con el manejo de la corriente eléctrica, sin que fuera cierto, pues como quedo ampliamente demostrado en la investigación adelantada por La ARL AXA COLPATRIA el trabajador desarrollaba labores comúnmente denominadas en las obras de construcción como "EJERO", labor concerniente a la toma de medidas. Es importante resaltar que dentro del material probatorio se encuentran todos los documentos necesarios para demostrar que el empleador NEUTA INGENIERIA SAS, cumplía con las normas establecidas en salud ocupacional.

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*", el cual se limita a establecer si existió culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por Sergio Andrés Mejía Arias, y si existe solidaridad entre las demandadas CODISPLAN S.A.S. y NEUTA S.A.S. respecto de las condenas impuestas.

Contrato de trabajo – extremos

No se controvierte lo relativo a la existencia del contrato de trabajo entre Sergio Andrés Mejía Arias y la demandada Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S. el cual inicio el 28 de enero de 2016 y finalizó por la muerte del trabajador acaecida el 21 de julio de 2016 (fls. 10 y 11), pues así se ratifica con la copia de los desprendibles de nómina (fls. 12 a 16), comunicaciones expedidas por el empleador (fls. 201 y 202), certificación expedida por la ARL Sura (fl. 203), AXA Colpatria Seguros de Vida (fl. 204), Colsubsidio (fl. 205) y del informe de accidentes de trabajo del empleador o contratante (fls. 17 a 20 y 206 a 209).

Accidente de trabajo

Tampoco se cuestiona la ocurrencia del accidente de trabajo el día 13 de julio de 2016 y que desembocó en la muerte del causante, el cual ocurrió cuando el trabajador se encontraba tomando plomos para la mampostería de la fachada principal del edificio. La tarea que fue encomendada consistía en quitar la pesa del alambre que se usa como guía, poner un ladrillo para subirlo hasta el sexto piso donde debía quedar para luego ser usado en otros pisos. El ejero y superior inmediato del causante le pidió subir al sexto piso y desde allí subir el alambre, sin embargo, el trabajador sube al séptimo piso y al halar el alambre este toca la línea de media tensión que pasa al frente del edificio en obra y se produce la descarga eléctrica sobre Sergio Andrés, y luego fallece el día 21 de julio cuando se encontraba internado en el hospital Mederi. Así se corrobora con el informe de accidentes de trabajo del empleador o contratante (fls. 17 a 20 y 206 a 209), investigación de accidente mortal de Sergio Andrés Mejía Arias (fls. 21 a 39), informe de Medicina Legal (fl. 40 a 41) y con la Historia clínica (CD fl. 42).

Indemnización Plena y Ordinaria de Perjuicios

Para condenar al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, es necesario que se declare la CULPA DEL EMPLEADOR en el accidente de trabajo, la cual debe ser demostrada por el trabajador, a quien le corresponde probar alguno de los factores generadores de culpa: imprudencia, impericia, negligencia o violación de una norma legal, por tratarse de una responsabilidad subjetiva y no objetiva.

Es esta responsabilidad por culpa patronal la que busca endilgarle la parte actora al empleador, cuando afirma que las lesiones que sufrió el señor Sergio Andrés Mejía Arias (q.e.p.d.) y que le causaron la muerte, se generaron por culpa de la demandada Neuta Ingeniería y Construcciones S.A.S., pues no le fueron suministrados los elementos de protección personal adecuados y necesarios para evitar los accidentes de eléctricos como la descarga que le ocasiono su fallecimiento.

Considerado así el asunto, es preciso retomar el contenido del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, que establece:

"Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está

obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

Para el caso que nos ocupa, el estudio de la culpa se concreta a evaluar la actitud del empleador de cara a la previsión del riesgo para evitar accidentes como el sufrido por el señor Sergio Andrés Mejía Arias.

A esto se añade que para que surja la obligación de la indemnización por los perjuicios derivados del accidente, hay que demostrar por parte de quien la alega, que se constituyó una culpa suficientemente comprobada del patrono. En este evento, debe el trabajador *demostrar la culpa patronal que se deduce cuando los hechos muestran que el empleador faltó a aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*¹, en tanto que al empleador le corresponde probar que está exento de responsabilidad por cuanto obró con la diligencia y cuidado debidos.

Pruebas recaudadas

Como pruebas relevantes para el asunto se recaudó el **interrogatorio de parte de Janeth Arias Castro**, madre del trabajador, quien dijo que hace más de dos años su hijo empezó a trabajar en Neuta S.A.S. La labor que desempeñaba en la obra era de ayudante de construcción. Fue pensionada hace un año en cuantía del smmlv. El hijo no tenía esposas ni hijos. Sergio Andrés colaboraba económicamente para el sostenimiento del hogar conformado por la madre y dos hijos. Cuando llegó a Bogotá empezó a trabajar con Evaristo, en Bucaramanga hacia otros trabajos. En un tiempo fue consumidor de drogas, pero ya lo había dejado. El jefe de él era don Aristóbulo. El trabajador no había recibido capacitación, ni ningún protocolo de formación, entro directamente a trabajar sin ninguna preparación ni inducción. Neuta le dio una liquidación por el tiempo que trabajo ahí y le reconocieron un mes de trabajo cuando falleció para los gastos que se le presentaron en la clínica. De igual manera se escuchó en **interrogatorio de parte a Alix Daniela Mejía Arias**, hermana del causante. Dijo que el hermano le mandaba fotos de la construcción donde trabajaba. Sergio Andrés colaboraba en la casa con lo del arriendo, el mercado, y todos los gastos. No le dijeron sobre la muerte de su hermano, solo supo

¹ CSJ. Cas. Laboral, Sent. abril 10 de 1975, reiterada en sentencia de 26 de febrero de 2004 radicado 22175 y sentencia de 22 de abril de 2008 radicado 31076.

que se electrocuto con unos cables. No sabe las fechas en que trabajo para Neuta S.A.S.

Leónidas Veloza Salgarra en su calidad de testigo, dijo que fue trabajador de Neuta Ingeniería, compañía para la cual trabajo tres años. El cargo que tenía era plumero, encargado de subir materia. Conoció al causante en el trabajo. Sergio Andrés era ayudante de Crisanto, ejero en la misma obra de construcción. El día del accidente entraron a las 7 de la mañana, fumaban antes de entrar y en el horario del desayuno. Iban para el tercer piso y Sergio le dijo que le tocaba devolverse porque Crisanto tenía que hacer una actividad, y él le estaba esperando en el sexto piso. Sergio dijo que se quería pegar unos "cuscasos". Sergio tenía que hacer una actividad en el sexto piso y no en el séptimo de piso, él subió al sexto piso pero ya iba "fumado". Se escuchó un estruendo en el séptimo piso, subió y "Bucaramanga" como le decían a Sergio, ya estaba tirado en el piso con un alambre en la mano que le quedo y los guantes totalmente destrozados. Lo agarraron y pidieron auxilio, dos doctoras que estaban al frente vinieron a animarlo. Tuvieron que subirlo a un taxi, en ese momento fueron con una compañera de trabajo al hospital en el carro, pero le dijeron que se devolviera a la obra a trabajar. No sabe porque Sergio se subió al séptimo piso a hacer otras actividades, si fue que no entendió las ordenes o de la misma "loquera" que tenia se subió allí. El accidente fue cerca de las 10:00 am. El control del ingreso lo hacia el maestro general que le decían Fernando. No sabe quién verificaba el estado de salud de los trabajadores. Consumían sustancias estupefacientes a escondidas para evitar que los despidieran.

Se escucho a **Saul González, quien rindió declaración en calidad de testigo** y manifestó trabajar en Codisplan. Conoció a Sergio Andrés Mejía cuando trabajo en la misma obra. No conoce el tipo de contrato mediante el cual se le vinculo, su jefe era Crisanto, quien supervisaba sus labores y tenía el cargo de ejero. Sergio era auxiliar de ejero, dentro de sus funciones se encontraba tomar medidas, ayuda a cimbrar, trazar, etc. El horario que cumplía era de 7 am a 4:30 pm. No sabe que labores desarrollaba Sergio el día del accidente porque él se encontraba en el noveno piso y el accidente fue en el séptimo piso. Los EPP, cascos, guantes, gafas, tapa oídos eran las herramientas que les daban a todos los trabajadores de la obra, la línea de vida y arnés se daban a las personas que hacen trabajaos en alturas además del casco. No sabe si Sergio tenía la línea de vida, porque no fue testigo de ese momento porque estaba en otro piso. Las instrucciones las daba el S.I.S.O., quien

estaba pendiente de que todos los empleados usen los elementos de protección personal. Estas órdenes eran impartidas cuando estaban todos los trabajadores reunidos a las 7:00 am al inicio de las labores. Dice que a él (el testigo) no le dieron línea de vida porque estaba en la parte interna del edificio. Cuando el llegó al piso del accidente Sergio tenía arnés, pero ya se lo habían quitado. Se enteró del accidente por los compañeros de trabajo que avisaron sobre el accidente y cuando llegó estaban subiendo a Sergio a la camilla. Ayudó a bajarlo en la camilla por las escaleras al primer piso. Lo único que vio al momento del accidente era que Sergio estaba morado. En la obra siempre permanecen dos personas especialistas en atención de emergencias, ellos lo subieron a la camilla. Lo primero que se hizo fue llamar una ambulancia. La camilla la colocaron en el primer piso y la atención de urgencias la hizo el señor encargado. Continuo trabajando con normalidad después. Se enteró del deceso del señor Sergio por los compañeros de trabajo. El contrato de trabajo era con Neuta S.A.S. El accidente fue en el barrio el laurel. Las obras se desarrollaban para Codisplan. En el momento del accidente Sergio tenía que recoger algo en el sexto piso y el accidente fue en el séptimo piso.

Se allegaron las siguientes pruebas documentales:

- Registro civil de defunción (fl. 10)
- Informe de accidentes de trabajo del empleador o contratante (fls. 17 a 20, 99 a 182 y 206 a 209), donde se advierte que el accidente acaeció en horario laboral y en las instalaciones de la obra.
- Investigación de accidente mortal de Sergio Andrés Mejía Arias (fls. 21 a 39, 103 a 128 y 210 a 235), del cual se extrae que el trabajador recibió una descarga eléctrica al subir el alambre que se usa como guía, cuando el alambre toca la línea de media tensión que pasa frente al edificio. La orden dada fue dirigirse al sexto piso, sin embargo, el trabajador se dirigió al séptimo piso. Se anexó registro fotográfico donde se evidencia la línea de media tensión y su cercanía con el edificio.
- Informe de Medicina Legal de Sergio Andrés Mejía Arias (fl. 40 a 41).
- Historia clínica de Sergio Andrés Mejía Arias (CD fl. 42), donde se evidencian las consecuencias de la descarga eléctrica y el tratamiento médico recibido por el paciente.
- Contrato de obra civil celebrado entre Construcciones y Diseños Planificados S.A.S. CODISPLAN S.A.S. y en calidad de contratista Neuta Ingeniería Y Construcción S.A.S., respecto de la obra "EDIFICIO SENDEROS DEL LAUREL"

y la obra contratada correspondía a "ESTRUCTURA Y MAMPOSTERIA" con fecha de suscripción 2 de noviembre de 2015 (fls. 129 a 131).

- Planilla de "INDUCCIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO" (fls 132 a 137) la que no tiene fecha ni se encuentra relación Sergio Mejía.
- Planilla de capacitación en riesgo eléctrico (fls. 138 y 139) de fecha 16 de enero de 2017.
- Planilla de capacitación en cumplimiento de horario, colocación de arnés y EPP correspondientes a la actividad (fl. 140) con fecha 22 de diciembre de 2016.
- Planilla de capacitación en trabajo en equipo (fls. 141) de fecha 11 de enero de 2017.
- Planilla de capacitación en contaminación auditiva (fls. 142) de fecha 19 de enero de 2017.
- Planilla de capacitación en primeros auxilios (fls. 143) de fecha 3 de septiembre de 2016.
- Comunicación dirigida a Janeth Arias por parte de Neuta Ingeniería y Construcción que da cuenta de un aporte por calamidad por valor de \$1.500.000.
- Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial (fls. 145 a 148) sin fecha.
- Formato de control de suministro de EPP a Sergio Mejía (fl. 149) que da cuenta de la entrega de guantes, botas y capa entre el 5 de marzo y el 8 de junio de 2016.
- Programa de Salud Ocupacional (fls. 150 a 179) el que fue registrado ante el Ministerio de la Protección Social el 30 de septiembre de 2015.
- Formato de concepto técnico de accidente de trabajo de AXA Colpatria ARL (fl. 270) que plasma la falta de planeación de actividades, falta de la matriz de peligros, la identificación del riesgo eléctrico, falta de instructivo para elaboración y uso de las plomadas, no hay proceso de inducción ni divulgación de los procedimientos de trabajo.
- Informe pericial de necropsia de Medicina Legal (fls. 295 a 298)

Valoración Conjunta de las Pruebas

Se tiene que el cargo que desempeñaba Sergio Andrés correspondía al de ayudante de ejero para la demandada Neuta Ingeniería y Construcción S.A.S., según la investigación de accidente la labor desarrollada consistía "*en poner en un punto fijo*

alto el alambre y lanzarlo por la superficie que se quiere alinear para tomar las medidas debido a que el alambre es muy fino es necesario amarrarle un peso al otro extremo para mayor confiabilidad y usualmente un peso de 10 kg aproximadamente, para subir o bajar el alambre se amarra un ladrillo que tiene un peso inferior al del referente pero que da la firmeza al alambre para que no oscile en el espacio mientras se transporta de un punto a otro" (fl. 24).

Los hechos que rodearon el incidente según la investigación de accidente mortal fueron: *"el jefe inmediato superviso el trabajo hasta al toma de medidas y le encarga al ayudante liberar el peso y subir el alambre al piso sexto, el trabajador libero el peso y subió al piso 7 y al halar el cable, y fue en ese momento que se generó el contacto con la línea de media tensión que pasa frente al edificio y se generó la descarga eléctrica, ese día en particular no había condición ambiental adversa diferente a los vientos fuertes de la época del años"*.

De la anterior descripción se advierte que frente al edificio en obra pasan líneas de media tensión, lo que se corrobora fácilmente con el soporte fotográfico del mismo informe (fls. 34 a 39), en las que es evidente la cercanía de las líneas de conducción eléctrica; sin embargo, no se allegó prueba alguna que evidencie la diligencia del empleador en el sentido de haber tomado medidas frente a este riesgo que era fácilmente previsible, como quiera que para el desarrollo de la tarea que se realiza en la fachada de la obra se utiliza alambre que no tiene recubrimiento alguno.

De otra parte, en el informe de AXA Colpatria (fl. 270) en el formato de concepto técnico de accidente de trabajo, se señaló como acto inseguro *"Falta de atención a las condiciones del piso o las vecindades"*, condiciones peligrosas *"Carencia del equipo de protección personal necesario, Métodos o procedimientos peligrosos"*. De igual manera indico el informe *"falta planeación de actividades. Actividad sin procedimiento. No se evidencia en la matriz de peligros la identificación del riesgo eléctrico, No se evidencia programas de gestión del riesgo para trabajo riesgo electrico. No se evidencia inspecciones pre operacionales."* *"falta de instrucción para elaboración y uso de las plomadas"*. *"No se aseguran las competencias a los trabajadores. No se realiza proceso de inducción. No hay divulgación de procedimientos de trabajo."* *"No se evidencia registro de las condiciones del medio ambiente"*. En la parte de causas básicas del evento en factores de trabajo se advirtió *"Políticas, procedimientos, guías o practicas inadecuadas, planeaciones y/o*

programaciones inadecuadas del trabajo. Herramientas y equipos inadecuados. Fallas en la evaluación de necesidades y riesgos. Inadecuado desarrollo y/o selección de estándares, normas y procedimientos".

En lo que refiere a las actuaciones desplegadas por el empleador en cuanto a los formatos y planillas de capacitaciones impartidas a los trabajadores, según la fecha plasmada en las mismas fueron posteriores al fallecimiento de Sergio Andrés. La planilla de asistencia a la inducción de seguridad y salud en el trabajo no cuenta con la firma del trabajador fallecido. Quedo demostrado que contaba con un encargado de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional - S.I.S.O. que todos los días emitía las recomendaciones respectivas para el ejercicio seguro del trabajo y el uso adecuado de los EPP. Se allegó el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial y el Programa de Salud Ocupacional, así como el acta de creación del Comité Paritario de Salud Ocupacional. Con lo anterior la empleadora cumplió con los requisitos de realizar y elaborar los diferentes programas de SSTT.

Sin embargo, se desatendió por parte del empleador lo previsto en el artículo 348 del CST, pues no se adoptaron las medidas de seguridad forzosas para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, así como lo advertido en el artículo 2 de la Resolución No. 2400 de 1979, que regulan la salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo y señalan como obligación del empleador "*proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad*". Así como lo previsto en el artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que estableció que los empleadores deben proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad e implementar métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud. Dentro del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de Riesgos Laborales, se insistió en la obligación a los empleadores de " ... *procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo*"². De igual manera incumplió lo establecido en el Decreto 12562 del 2012 Resolución 1348 del 2009, al igual que con la resolución 2413 de 1979, normativa encaminada a la prevención y protección del trabajador y la minimización y manejo de los riesgos laborales.

² Artículo 21 del Decreto 1295 de 1994

Lo anterior, como quiera que no se probó la diligencia que debían tener en la obra con relación a todos los riesgos a los que se encontraban expuestos sus trabajadores, en particular al riesgo eléctrico que ocasiono el accidente el 13 de julio de 2016 y la posterior muerte al trabajador Sergio Andrés el 21 de julio del mismo año. Entonces al no encontrarse contemplado por el empleador los riesgos eléctricos no fueron suministrados los EPP, ni la inducción y capacitación correspondiente; lo que se traduce en que no se tomaron todas las medidas preventivas que se requerían para que el trabajador ejecutara con seguridad sus labores de ayudante de ejero. Nótese que a pesar de no tener el causante una tarea asignada en la cual directamente intervenga el riesgo eléctrico, lo cierto es que al estar tan próxima una fuente de riesgo eléctrico como lo es la línea de media tensión, se convierte está en un riesgo para todos los trabajadores de esa obra.

La parte demandada sustenta su defensa en la desobediencia del trabajador al dirigirse a un piso diferente al cual se le había ordenado desplazarse para realizar la tarea de recoger el alambre como fue corroborado por los testigos, sin embargo, la culpa en cabeza de Neuta Ingeniería recae por su falta de diligencia, esto en razón al riesgo eléctrico generado principalmente por las líneas de media tensión que cruzan por el frente de la obra y que es evidente la proximidad, frente al cual no realizó ninguna actividad tendiente a su minimización o anulación. Se debe entender que el riesgo eléctrico es igual en todos los pisos de la obra, por lo que el hecho de haberse dirigido al piso séptimo y no al sexto no exime de culpa al empleador³ y mucho menos conlleva a que se declare la existencia de la culpa exclusiva de la víctima.

En relación a la supuesta ingesta de sustancias psicoactivas, a pesar de lo dicho por el testigo Leonidas Veloza Salgarra se trata de un hecho que no fue confirmado

³ Así lo ha considerado de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al adocinar que la negligencia, descuido o algún acto inseguro del trabajador, no exonera a la empleadora de reparar los perjuicios ocasionados por su culpa, posición que se puede encontrar en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la de fecha 17 de octubre de 2008 con Radicación 28.821 y la del 13 de mayo de 2008 con Radicación 30.193 cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza reiterada en la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012 con Radicación 39.631 cuyo ponente fue el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve:

"Esta Sala de la Corte ha explicado que cuando en la ocurrencia del accidente de trabajo ha mediado tanto la culpa del trabajador como la del empleador, no desaparece la responsabilidad de éste en la reparación de las consecuencias surgidas del infortunio, como tampoco cuando ha habido concurrencia de culpas con un tercero (sentencia del 17 de octubre de 2008, radicación 28.821).

El haberse presentado negligencia, descuido o algún acto inseguro del trabajador, no exonera a la empleadora de reparar los perjuicios ocasionados por su culpa.

La Corte destaca que "el acto inseguro del trabajador, entendido como la familiaridad o confianza excesiva con los riesgos propios del oficio, con origen en la práctica rutinaria de la actividad, de la experiencia acumulada, de la observación cotidiana y del hábito con el peligro del operario, no exonera al empleador de responsabilidad, cuando ha existido culpa suya en la ocurrencia del accidente" (sentencia del 13 de mayo de 2008, radicación 30.193)"

técnicamente, como quiera que no guarda relación con la historia clínica del paciente ni con el informe rendido por Medicina Legal, pues en ninguno de los exámenes o hallazgos se evidencia la existencia o rastros de estas sustancias en el cuerpo del trabajador fallecido. Contrario a lo dicho por el apoderado de la demandada Neuta Ingeniería, se tiene que una corriente eléctrica puede causar lesiones en cuatro formas; paro cardíaco debido al efecto eléctrico sobre el corazón, destrucción de músculos, nervios y tejidos por una corriente que atraviesa el cuerpo, quemaduras térmicas por el contacto con la fuente eléctrica y caídas o lesiones después del contacto con la electricidad⁴, sin que se advierta como consecuencia la destrucción de los fluidos de la persona, tanto es que le fueron tomadas muestra de sangre a Sergio Andrés durante la estancia hospitalaria y luego por Medicina Legal.

Así las cosas, de las pruebas recaudadas concluye La Sala que tal como lo estableció la juez A-quo, la demandada no actuó con la diligencia y el cuidado que emplearía un buen padre de familia en la administración de un negocio⁵, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral⁶, en relación a las medidas de cuidado y protección de sus trabajadores, pues no revisaron ni tomaron medidas respecto de todos y cada uno de los posibles riesgos a los que se exponen los trabajadores, lo que lleva a concluir la existencia de la culpa del empleador en el accidente de trabajo sufrido por Sergio Andrés Mejía Arias y que días después le llevo al fallecimiento.

Solidaridad

Pues bien, sea lo primero destacar que las obligaciones solidarias son aquéllas que, a pesar de tener un objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar toda la deuda o facultan a cada acreedor para exigir la totalidad del crédito (art. 1568 y ss C.C.); así, es de la esencia de la solidaridad, como excepción a la regla general de las obligaciones divisibles, el que el deudor

⁴ <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000053.htm>

⁵ **ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>**. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁶ **ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>**. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

solidario responda por la totalidad de la obligación, hecho que no le impide, repetir contra los demás deudores sus partes o cuotas en la deuda; sus fuentes son el acto jurídico y la ley, conforme lo expresa el inciso 2º del artículo 1568, que reza “*en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria o in solidum*”; de lo cual se infiere que, a falta de ley que establezca la solidaridad, ya sea activa o pasiva, para que ésta exista es indispensable una disposición expresa del testamento o el acuerdo de voluntades, pues la solidaridad no se presume (inc. 3º art. 1568)

En materia laboral, se contempla expresamente, en el art. 34 del CST, así:

*"Contratistas Independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores..."*

En el caso de autos se observa que el obligado principal lo es la empresa NEUTA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S. en su calidad de empleador directo, quien efectuó la contratación laboral de la demandante para ejercer el cargo de ayudante de ejero en la obra Senderos del Laurel.

Según se demostró en el proceso; la empresa NEUTA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S. celebró contrato de obra civil con CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. el 2 de noviembre de 2015, la obra contratada se circunscribió a estructura y mampostería en la obra Edificio Senderos del Laurel (fls. 129 a 130). Significa lo anterior que CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. fue demandado sobre la base de la solidaridad prevista en el artículo 34 del citado Código, por ser “beneficiario del trabajo o dueño de la obra”, la cual quedo ampliamente demostrada como bien lo concluyó la A quo.

Lo anterior al comparar el objeto social de las demandadas; pues NEUTA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S. según su certificado de existencia y representación legal, tiene por objeto el desarrollo de proyectos de ingeniería industrial, agropecuarios, construcción adecuación y estructura el diseño, estudio, planeación, contratación y construcción de todas las clases de edificaciones, bienes civiles, bienes inmuebles, servicio de, gerencia, realización de proyectos y mantenimiento de toda clase de inmuebles compra y venta de todo tipo de materiales compra y venta de todo tipo de equipos, asesoría y consultoría, labores técnicas y profesional (fl. 158); por su parte CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S. tiene por objeto desarrollar todo tipo de actividades relacionadas directamente al sector de la construcción rediseñar y construir todo tipo de obras de urbanismo que se requieran para la adecuación de terrenos con destino de programas y adecuación de inmuebles, construir o reparar todo tipo de bienes inmuebles bien sea casas, edificios, residencia multifamiliares, conjuntos habitacionales, centros educativos, recreativos, religiosos así como todo tipo de alojamientos personales, familiares, profesionales, fabriles y demás obras que tengan relación con los requerimientos habitacionales y residenciales (fl. 77). Nótese la relación existente entre las labores desarrolladas por Sergio Andrés, la obra en la cual estaba prestando sus servicios, y el objeto social de las demandas; todo se encuentra encaminado a la construcción de suelos e inmuebles. En consecuencia, atendiendo la actividad desplegada por el causante que corresponde a las actividades normales de la empresa, es posible establecer la solidaridad entre la compañía empleadora y la beneficiaria de la obra, por lo que resulta acorde la condena impuesta por solidaridad a cargo de CONSTRUCCIONES Y DISEÑOS PLANIFICADOS CODISPLAN S.A.S.

Por las anteriores razones se debe confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. 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. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de diciembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

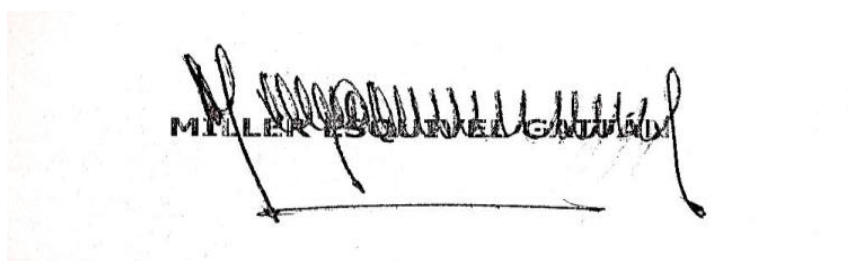
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM JAVIER ANGULO RINCON CONTRA B.T. SECURITY TECNOLOGY SA HOY FIRESEC SA. Rad. 2017 00029 01 Juz. 26.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo 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

WILLIAM JAVIER ANGULO RINCON demandó a la SECURITY TECNOLOGY SA HOY FIRESEC S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 2 a 3.

- Contrato de trabajo desde el 01 de octubre de 2011 hasta el 17 de junio de 2016.
- Prestaciones sociales.
- Auxilio de transporte.
- Indexación.
- Indemnización moratoria del art. 65 del CST.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 7. Se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo por duración de la obra desde el 01 de octubre de 2011 hasta el 17 de junio de 2016 por renuncia, se desempeñó como jefe de almacén en la obra Calima la 14, el salario fue de \$1.100.000, más un auxilio de alimentación por \$572.000 y \$88.000 por concepto de disponibilidad. A la terminación del contrato se le adeudaba 167 días por prima de servicios, 34.71 días por concepto de vacaciones, 17 días de salario, cesantías e intereses a las cesantías entre el 1 de

enero al 17 de junio de 2016 y el auxilio de transporte del último mes de trabajo. La falta de este pago le ha generado perjuicios porque no ha podido dar cumplimiento a sus deberes personales. El 20 de octubre de 2016 citó a la demandada ante el Ministerio del Trabajo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, en auto del 19 de junio de 2019 (fl 110) se dispuso tener por no contestada la demanda.

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 existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de octubre de 2011 y el 17 de junio de 2016. Condenó el pago de las siguientes prestaciones: prima de servicios \$579.458, compensación de vacaciones \$289.729, 17 días de salario \$707.842, cesantías \$579.458, intereses a las cesantías \$74.189. ordenó el pago indexado de estas sumas, condenó en costas a la demanda en \$800.000 y absolvió de la indemnización moratoria. Llegó a esa determinación al advertir la existencia de la relación laboral y sus extremos con el contrato de trabajo y la carta de renuncia presentada por el demandante, pruebas que junto con la falta de comparecencia de la demandada al interrogatorio de parte donde se tuvo por ciertos los hechos susceptibles de confesión expuestos en la respectiva audiencia, la juez procedió con el cálculo de las prestaciones ya citadas. En cuanto a la indemnización prevista en el art. 65 del CST dijo que absolvía de esta porque al proceso se aportó acta del 10 de octubre de 2018 de la Supersociedades donde figura el actor en el *ítem* calificación y graduación de créditos con un valor reconocido de \$3.798.391, situación que le permitió inferir que las sumas condenadas fueron tenidas en cuenta por el liquidador y con esto se advertía un actuar de buena fe en cuanto al pago de las prestaciones a cargo.

Recurso de Apelación

El **demandante** está inconforme con la decisión del A quo porque si bien él milita en la calificación y graduación de créditos de la empresa ese dinero allí determinado

por valor de prestaciones aún no se le ha pagado, por eso considera procedente el pago de la indemnización moratoria.

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

Parte demandante: Pide se revoque la decisión como quiera que no le asiste razón al A quo respecto de la indemnización moratoria pues esta no ha sido cancelada por el empleador y no obra prueba en el proceso que acredite lo contrario.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de apelación conforme lo señalado en el art. 66 A del CPTSS procede La Sala a determinar si en el presente asunto hay lugar a imponer condena por indemnización moratoria.

Indemnización moratoria por no pago oportuno de la liquidación de prestaciones

Frente a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales cuando la empresa demandada está en proceso de liquidación judicial, La Sala se remite a lo señalado por la SL CSJ en la sentencia SL 2833-2017 M.P. Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, en la que precisó:

*"En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, **dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada** a partir del 7 de septiembre siguiente, **conocido plenamente dentro del plenario**, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que **no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber:***

*Frente a la anterior situación, debe decirse que **de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la***

intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.

Conforme el anterior precedente aplicable al presente asunto, La Sala advierte que en el caso dada la protección que le asiste al empleador demandado por su situación de liquidación judicial, las normas que gobiernan este escenario y la protección que les asiste a todos los demás trabajadores que se encuentran en la misma condición de ANGULO RINCÓN relacionados en la calificación y graduación de créditos relacionados a folios 96 a 100, La Sala confirma la absolució de la indemnización moratoria.

Bajo estas consideraciones se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Conforme el numeral 1 del artículo 365¹ del CGP se condena en costas al recurrente. Fíjense la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

¹ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia 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 el recurso de **apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera **desfavorable un incidente**, la **formulación de excepciones previas**, una **solicitud de nulidad** o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. (...)

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera 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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

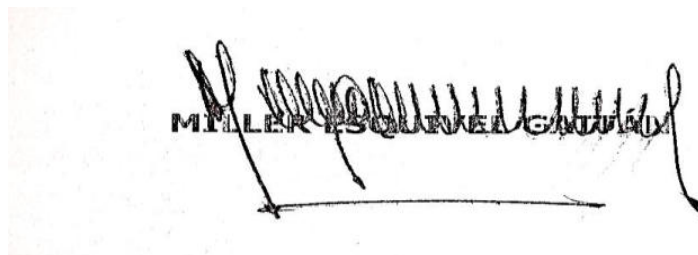
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

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 ALBERTO SARMIENTO CUESTA contra JOSÉ CUPERTINO CASTRO RAMÍREZ. Rad. 2017 00097 02 Juz 36.

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

CARLOS ALBERTO SARMIENTO CUESTA demandó a JOSÉ CUPERTINO CASTRO RAMÍREZ para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 2 y 3.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización por despido injusto.
- Indemnización del art. 65 CST.
- Aportes a pensión.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 15 y 16 (subsanción). Entre las partes se suscribió un contrato de trabajo verbal desde el 23 de enero de 2012, para ocupar el cargo de conductor de vehículo tipo camión de placas SIO 918, su último salario ascendió a \$800.000, su función principal fue la conducción y mantenimiento del camión de propiedad del demandado. La empresa SERVINORTE S.A.S. le pagaba al propietario del vehículo (José Cupertino Castro - demandado), la suma de \$170.000 diarios por concepto de alquiler. El 30 de mayo de 2016, el demandado le notificó la venta del camión de su propiedad, momento en que finalizó la relación laboral. El demandante convocó a la pasiva a audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 14 de julio de 2016 ante el Ministerio de Trabajo, no obstante, el convocado manifestó su imposibilidad para cubrir el pago de las acreencias laborales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, el demandado contestó en los términos del escrito visible a folios 32 a 42.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la duración de la relación contractual y la asistencia a la audiencia de conciliación.
- No formuló excepciones de mérito.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia un contrato de trabajo a término indefinido entre Carlos Alberto Sarmiento Cuesta y José Cupertino Castro Ramírez desde el 23 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2016. Condenó a la demandada a pagar las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

- Cesantías \$2.577.893,75.
- Prima de servicios \$2.577.893,75.
- Vacaciones \$1.458.388,84.
- Indemnización moratoria, correspondiente a un día de salario, esto es \$22.981, por cada día de retardo desde el 1 de abril de 2016 hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales.
- Indemnización por despido injusto \$2.613.028.

Llegó a esa determinación al evidenciar que la documental aportada da cuenta de la existencia de la relación laboral, específicamente de los soportes de aportes a seguridad social efectuados por el demandado con los que se constata el pago de los mismos a favor del actor, aunado a que CASTRO RAMÍREZ no logró desvirtuar la presunción consagrada en el art. 24 del C.S.T, como quiera que no se allegó ninguna prueba que acredite la existencia de una relación de carácter civil o comercial. Los extremos de la vinculación laboral los tomó desde el 23 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2016, para establecer el extremo final se apoyó en las constancias de pago a seguridad social. Para efectos prestacionales determinó el valor de 1SMLMV para cada anualidad. No se pronunció respecto de los intereses de las cesantías, como quiera que no fueron solicitados en la demanda. Accedió a la indemnización moratoria, toda vez que el actuar del demandado no estuvo revestido de buena fe, pues solo se preocupó por manifestar que la vinculación con el

demandante fue de carácter civil, sin que existiera prueba de su dicho. Condenó a JOSE CUPERTINO CASTRO RAMÍREZ a pagar la indemnización por despido injusto ya que la venta del vehículo que SARMIENTO CUESTA conducía no es una causal que se encuentre enlistada en el art 62 del C.S.T.

Recurso de apelación

El demandado, insiste que entre las partes no existió un contrato de trabajo, como quiera que las fechas de vinculación aducidas por el actor no coinciden con la realidad dado que el vehículo que el demandante conducía solo fue adquirido hasta el mes de diciembre del 2013, momento para el cual el mismo se encontraba adscrito a las empresas mencionadas en la contestación de la demanda. Precisa que no se deben tener en cuenta las pruebas aportadas por el demandante, ya que éstas fueron tachadas de falsas y están siendo objeto de investigación dentro de un proceso penal. Indica que a pesar de haber cambiado varias veces de apoderados su actuar siempre ha sido de buena fe, y en vista de que el A quo resolvió desfavorablemente la solicitud de falta de competencia, invoca con este recurso la causal de nulidad consagrada en numeral 1 del art. 133 del C.G.P.

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

Parte demandante: solicita se confirme la decisión como quiera que se probó la existencia de la relación laboral, circunstancia que fue aceptada por el demandado desde la contestación de la demanda.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada, procede La Sala a determinar en primer lugar sí hay lugar a analizar la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 133 del C.G.P. Posteriormente se estudiará sí entre las partes existió un contrato de trabajo.

Nulidad

Se invoca con el recurso de alzada la configuración de la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del art. 133 del CGP, el cual dispone: "*Cuando el juez actúe en el*

proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia”. Al respecto se advierte dos situaciones en instancia que se interpreta posiblemente están relacionadas con lo solicitado en el recurso y que tienen que ver con: la suspensión del proceso por prejudicialidad y el término de duración del proceso previsto en el art. 121 del CGP.

En cuanto a la primera situación el demandado el 09 de abril de 2019 (fls. 110 a 112), solicitó la suspensión del proceso en virtud de lo previsto en el art. 161 del CGP, como quiera que se adelanta un proceso penal con el fin de determinar la falsedad ideológica en documento privado y fraude procesal. Los documentos privados que se atacan y que fueron objeto de denuncia (la que milita a folios 113 a 117) son la certificación emitida por SERVINORTE y la expedida por el demandado de folio 8. Al respecto la juez en auto del 15 de julio de 2019 (fl 125) dijo que la certificación suscrita por la pasiva no le fue atribuible como se constató en la diligencia del 05 de diciembre de 2018 y que lo que se llegara a decidir en el proceso penal no iba a tener incidencia en este asunto, ya que en el expediente se cuenta con otros medios de prueba para resolver la litis.

Posteriormente, el 16 de octubre de ese año (fls. 129 a 123) el demandado solicitó la aplicación del art. 121 del CGP pues ante el vencimiento del término previsto en la norma, la juez ya no puede continuar con el conocimiento del proceso por lo que solicitó la remisión del expediente al juzgado que sigue en turno ante la pérdida automática de competencia e indicó que las actuaciones adelantadas desde el 01 de noviembre de 2018 están afectadas de nulidad. Esta solicitud fue resuelta desfavorablemente en audiencia del 05 de febrero de 2020 (cd fl 139), allí la juez citó en primer lugar el art. 77 del CPTSS el cual dispone el término para programar las audiencias en material laboral, citó la sentencia SL 9669¹ del 05 de julio de 2017 – radicado 51241, donde la Corte precisa que el art. 121 del CGP es incompatible con las disposiciones especiales previstas en el procedimiento ordinario laboral. También citó la sentencia C 443 de 2019 en la que la Corte Constitucional indicó que esta nulidad no opera de pleno derecho pues los plazos para adelantar las acciones judiciales no se pueden adelantar de manera rígida ya que se tiene que observar la complejidad del asunto, la dinámica del proceso y la carga laboral de los jueces. Así mismo citó la sentencia de tutela STL 4389 del 27 de marzo de 2019, donde la Corte Suprema de Justicia precisó que un incumplimiento objetivo de plazos para proferir la sentencia no involucra de manera automática la pérdida de competencia del juez, y que tienen que ser valorados los factores que influyeron para sobrepasar el plazo;

¹La petición de folios 155 a 157, tendiente a que se aplique el artículo 121 del Código General del Proceso, se rechaza por improcedente, en la medida en que la medida allí prevista resulta incompatible con los precisos términos y oportunidades establecidos de manera expresa y especial para el procedimiento ordinario laboral y que, de cualquier manera, su ámbito de aplicación está restringido a las instancias y no al recurso de casación.

por lo que en observancia de esos antecedentes y el análisis de las diferentes actuaciones desplegadas en el proceso que han implicado su prolongación en el tiempo, como lo es contar con más de 800 procesos al despacho, la realización de las audiencias diarias, las acciones constitucionales y situaciones administrativas, junto con las circunstancias propias del proceso, como su inadmisión, la interposición de recursos respecto de pruebas que no se solicitaron en término, la no comparecencia de los testigos solicitados por la demandada, la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad y la aplicación del art. 121 del CGP junto con los aplazamientos que se debieron realizar en virtud del paro nacional generado para octubre y noviembre del año 2019, son circunstancias que consideró la juez no eran atribuibles a la administración de justicia y por esa razón no accedió a la petición de aplicación del art. 121 del CGP. Proferida esta decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. La juez no repuso su decisión y negó la apelación porque entendió que ella no estudio una nulidad procesal sino una pérdida de competencia que no está enlistada en el art. 133 del CGP, y contra esta decisión la apoderada de la parte demandada guardó silencio.

Todo el anterior recuento de actuaciones se hizo necesario citar para indicar que en el asunto, en efecto le asiste razón a la juez en cuanto a la aplicación del artículo 121 del CGP, en la medida en que no todo incumplimiento de los términos procesales constituye una lesión a las disposiciones legales, máxime que al analizar el caso específico se advierte una serie de eventos que justifican el plazo que ha transcurrido en este proceso, los que ya fueron narrados por el A quo y constatados en esta instancia. Resulta oportuno resaltar que los efectos del artículo 121 del CGP en este momento están sin fundamento en la medida en que lo perseguido con esa norma es que el juez brinde celeridad al proceso y emita la sentencia respectiva y no retrotraer las actuaciones adelantadas cuando ya se cumplió con la finalidad de la administración de justicia (esto es proferir sentencia). Ahora, la Corte Constitucional en sentencia C 443² de 2019, precisó que la pérdida de la competencia y la nulidad

² Teniendo en cuenta lo anterior, debe entenderse que la pérdida de la competencia y la nulidad originada en este vicio debe ser alegada antes de proferirse la sentencia, esto es, cuando expiren los términos legales contemplados en el artículo 121 del CGP. Con ello se pone fin a la práctica denunciada en este proceso por algunos intervinientes, en la que las partes permiten el vencimiento del plazo legal y guardan silencio sobre la pérdida automática de la competencia, para luego alegar la nulidad del fallo que es adverso a una de ellas.

(ii) Por su parte, según el artículo 136 del CGP, la nulidad se entiende saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla, cuando quien podía alegarla la convalidó expresamente, y cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no violó el derecho de defensa. Al declararse la inexecutable de la expresión de “de pleno derecho”, la nulidad allí contemplada puede ser saneada en los términos anteriores. Por ello, si con posterioridad a la expiración de los términos para proferir sentencia se practicaron determinadas pruebas con sujeción a las reglas que garantizan el debido proceso, y en particular el derecho de defensa, tales actuaciones deben entenderse saneadas, al igual que si con posterioridad a dicho vencimiento, las partes intervienen en el trámite judicial sin alegar la nulidad de las actuaciones anteriores.

De esta manera, la Sala deberá integrar conformar la unidad normativa con resto del inciso 6 que regulan la figura de la nulidad de las actuaciones extemporáneas de los jueces, aclarando, primero, que la pérdida de la

establecidos en el art. 121 del CGP debe ser alegada antes de proferirse sentencia, lo cual si bien si ocurrió en el asunto, este fue definido por la juez y la demandada guardó silencio al momento de negarse los recursos sin interponer siquiera el recurso de queja para que este fuera estudiado en esa oportunidad, por ende en el *sub lite* además de lo ya narrado la posible nulidad o irregularidad que se pudo haber generado fue saneada en los términos del artículo 136 del CGP, sin que en el asunto de ninguna manera se puede tener por acredita la causal invocada, pues aquí la juez nunca declaró su falta de jurisdicción ni competencia.

Existencia del Contrato de Trabajo

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

En el proceso se recaudó el **interrogatorio de parte del demandado**, quien conoce al promotor del litigio porque fue arrendatario de un apartamento que es de su propiedad, indicó que el actor inició a laborar con Luis Eduardo Garzón Niño, como ayudante del vehículo de placas UPQ051 el cual era conducido por Garzón Niño, posteriormente el 04 de diciembre de 2012, él (demandado) adquirió el furgón de placas SIO918, fecha en la que inicio a trabajar como conductor y de forma

competencia y la nulidad consecuencial a dicha pérdida, debe ser alegada antes de proferirse sentencia, y segundo, que la nulidad es saneable en los términos del artículo 136 del CGP.

ocasional SARMIENTO CUESTA. Dijo que, para el mes de marzo, dicho camión fue afiliado a la empresa Colcarga y luego en el mes de octubre a Imbocar, esta última donde CARLOS ALBERTO SARMIENTO solo laboró un día. Manifestó que él (José Cupertino Castro), era quien efectuaba los aportes a seguridad social del demandante, como condición de Colcarga para la afiliación del vehículo a esa empresa, la señora Martha Castro (hija del convocado) era quien le pagaba el salario al actor durante todo el año, remuneración que se cancelaba de manera quincenal y que en el mes de diciembre se le entregaba la suma de \$200.000 como ayuda. Resaltó que Carlos Alberto, no laboraba la semana completa, nunca se suscribió ningún contrato de trabajo con él, tampoco se le efectuaron llamados de atención por escrito, ya que él (demandado) no sabe leer ni escribir. Adujó que no tuvo ninguna relación con SARMIENTO CUESTA desde que se vendió el vehículo (SIO 918).

CARLOS ALBERTO SARMIENTO CUESTA en el interrogatorio de parte, dijo que conoció al demandado porque tomó en arriendo un apartamento de propiedad de CASTRO RAMIREZ, trabajó para LUIS EDUARDO GARZÓN (esposó de la hija del demandado), como auxiliar del camión de placas UPQ051 que era propiedad de convocado a juicio, quien le pagaba el salario y la seguridad social.

La testigo **MARTHA ELENA CASTRO** (hija del demandado) sabe que el demandante se desempeñó desde el 23 de enero a diciembre de 2012, como ayudante de Luis Eduardo Garzón (su esposo), quien conducía el vehículo de placas UPQ051, con el actor se acordó como pago a sus servicios la suma de 1SMLMV, luego su padre (José Cupertino Castro) adquirió un furgón (de placas SIO918) el cual fue conducido por SARMIENTO CUESTA. Señaló que la única labor del Carlos Alberto, era el manejo del vehículo, quien no tenía un horario establecido y no laboraba toda la semana. Manifestó que en una oportunidad ella le hizo un llamado de atención (al demandante), en vista de las ausencias que le reportaba la empresa IMBOCAR al momento de presentarle la cuenta de cobro. Dijo además que se le efectuaron al demandante los aportes a seguridad social como requisito para que el vehículo se afiliará a dicha empresa, no se le expidieron certificaciones laborales e indicó que no reconoce la certificación expedida el 04 de octubre de 2013 suscrita por su progenitor.

La testigo **NIEVES APONTE PEÑA** (nuera de CASTRO RAMÍREZ) sabe que el demandante vivió en la casa de la cual es propietario su suegro, indico que el actor, era conductor de un vehículo de José Cupertino Castro, manifestó que el furgón que él manejaba, permanecía desde las 11:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. en la casa de la

suegra de CARLOS ALBERTO SARMIENTO y que la hija del demandado era la responsable del pago de su salario.

El testigo **LUIS EDUARDO GARZÓN** (yerno de José Cupertino Castro), dijo que el demandante laboró para él (testigo) como conductor del furgón que era propiedad de su suegro, el actor le prestaba ayuda de manera ocasional, le pagaba 1SMLMV quincenalmente. En diciembre de 2012, CASTRO RAMÍREZ compró otro vehículo, que era conducido por SARMIENTO CUESTA, a quien se le continuaba pagando el mismo salario y bajo la misma modalidad, dijo que ese último furgón estaba afiliado a VOLCARGA, empresa dedicada a la logística, que el demandante no cumplía horario y él (Carlos Alberto) era quien disponía del tiempo para desarrollar las labores de conducción y manejo del vehículo y finalmente, manifestó que la empresa Servinorte no expide certificaciones.

El testigo **DAVID ANDRES MATEUS**, distingue al demandante porque él residía en la casa donde él (testigo) vive actualmente, sabe que para el mes de febrero de 2016 el actor fue ayudante de Luis Eduardo Garzón Niño, quien era el conductor de un vehículo que era propiedad del demandado. Adujo que GARZÓN NIÑO le entregaba para que el mismo le fuese entregado a SARMIENTO CUESTA el dinero para los gastos de combustible y el salario del trabajador.

También se cuenta constancia de conciliación No. 1006 del 14 de julio de 2016 diligencia que se adelantó en la inspección No. 11 del Ministerio de Trabajo (fl.6), donde el demandado señaló que: ***"yo le pagaba un sueldo más prestaciones sociales"***. Certificación expedida por Distribuidora SERVINORTE S.A.S en la que consta que Carlos Alberto Sarmiento era conductor del vehículo de placas SIO918, de propiedad del demandado José Cupertino Castro Ramírez, el cual prestaba servicios de transporte de mercancías a través de la Cooperativa VOLCARGA S.A., desde febrero de 2012 a la fecha de emisión de dicho documento (fl. 7). Igualmente se cuenta con certificación laboral expedida por el demandado de fecha 04 de octubre de 2013, en el que se lee que el demandante laboró como conductor desde el 23 de enero del 2012 mediante un contrato por obra labor (fl. 8) documento que no fue atribuible a CASTRO RAMIREZ por esa razón el demandante desistió de esta documental. De otra parte obra certificación del vehículo de placa SIO018, emitida por VOLCARGA S.A. en la que se indica que el vehículo de la referencia del cual es dueño el demandado, prestó servicios de transporte de carga para la empresa Distribuidora Servinorte S.A. desde marzo de 2013 a octubre de 2014 (fl. 45), tarjeta de propiedad del furgón de placas SIO018 en la que se señala como propietario a José Cupertino Castro Ramírez (fl.47), reporte de pagos y descuentos efectuados por IMBOCAR a favor de la pasiva desde el mes de septiembre de 2014 a junio de

2016 (fls. 48 a 59), certificados de aportes a seguridad social del demandante desde el 21 de mayo de 2013 al 02 de marzo de 2016 (fls. 60 a 94) y denuncia penal instaurada por el demandado y la empresa VOLCARGA S.A contra Carlos Alberto Sarmiento, ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de falsedad ideológica en documento privado en concurso con fraude procesal (fls. 113 a 117).

Conforme todo lo anterior, concluye La Sala que entre las partes en litigio existió una relación de trabajo, pues de lo contrario no tendría ninguna justificación que el demandado manifestara que él era el encargado de hacer los pagos de la seguridad social del actor, además en la contestación de la demanda (fl. 35) se acepta que en febrero de 2012 las partes celebraron un contrato verbal de trabajo, para que el actor se desempeñara como ayudante del camión que conducía Luis Eduardo Garzón y que en diciembre de 2012 el actor pasó a manejar el vehículo de placas SIO918 de propiedad del demandado. Más adelante en la misma contestación (hecho 13) se advierte que CUPERTINO CASTRO debía presentar el pago de la carga prestacional de su empleado Carlos Alberto Sarmiento para poder recibir los pagos de las empresas donde tenía afiliado el vehículo. Después en la contestación del hecho 17, el mismo demandado afirma que pagó al actor por prestaciones sociales la suma de \$1.000.000 el 30 de mayo de 2016, y que durante la relación laboral se canceló cada acreencia más una bonificación a fin de año de \$200.000. manifestaciones que resultan irrefutables y dan certeza de la relación laboral entre las partes.

Bastan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandado. Fíjense la suma de \$500.000 como agencias en derecho para el recurrente.

DECISIÓN

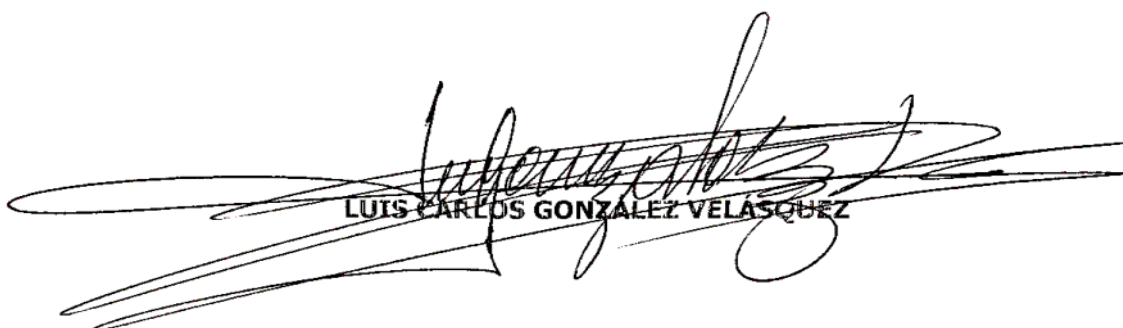
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandado. Fíjense la suma de \$500.000 como agencias en derecho para el recurrente.

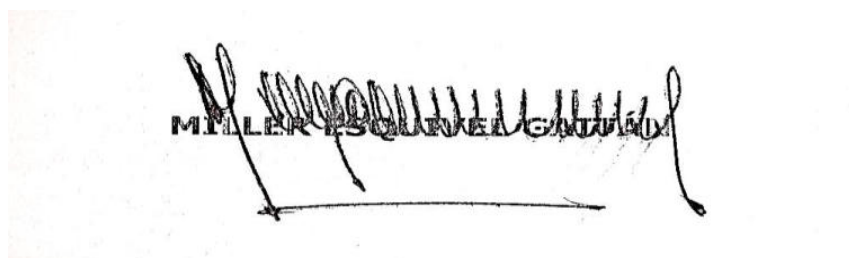
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

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 ANDRÉS ALBERTO CORTÉS RIVERA
CONTRA SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA C.T.A.,
INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO,
INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN
ADMINISTRATIVA– I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ENTIDAD
PROMOTORA DE SALUD CAFESALUD E.P.S. S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE
SALUD CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. Y ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD
ORGANISMO COOPERATIVO- SALUDCOOP E.P.S O.C. EN LIQUIDACIÓN.
Rad. 2017 00109 01 Juz 12.**

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

ANDRÉS ALBERTO CORTÉS RIVERA demandó a EFECTIVA C.T.A., INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA – I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CAFESALUD E.P.S. S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. Y ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO- SALUDCOOP E.P.S O.C. EN LIQUIDACIÓN, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 18 a 21.

- Declaración de situación de unidad de empresa entre I.A.C. Gestión Administrativa y las empresas Cafesalud E.P.S. S.A., Cruz Blanca E.P.S. S.A. y SaludCoop E.P.S. O.C.

- Declaración de existencia de tercerización ilegal en la contratación del señor Andrés Alberto Cortés Rivera por parte de SaludCoop E.P.S. O.C.
- Existencia de contrato de trabajo entre SaludCoop E.P.S. O.C., Cafesalud E.P.S. S.A., Cruz blanca E.P.S. S.A. y el señor Andrés Alberto Cortés Rivera.
- Salarios.
- Pago de reajustes salariales del 19 de julio del 2016 hasta el 28 de febrero del 2017.
- Prima de servicios del segundo semestre de 2016.
- Cesantías 2016.
- Intereses a las cesantías 2016.
- Vacaciones del 19 de julio del 2016 hasta el 28 de febrero del 2017.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Pago por los daños ocasionados al vehículo.
- Reliquidación de aportes a seguridad social.
- Pago de aportes a seguridad social.
- Sanción moratoria.
- Resarcimiento y pago de daños morales.
- Resarcimiento y pago del daño a la vida en relación social.
- Pago de nivelación salarial.
- Indexación.
- Orden de investigación administrativa ante el Ministerio de Trabajo contra I.A.C. Gestión Administrativa y las empresas Cafesalud E.P.S. S.A., Cruz Blanca E.P.S. S.A., SaludCoop E.P.S. O.C. y entidades Efectiva C.T.A. E I.A.C. Acción y Progreso.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 al 18. El actor participó en un proceso de selección con SaludCoop E.P.S. O.C. para ocupar el cargo de director seccional Valledupar en agosto de 2011. El 16 de marzo de 2012 el demandante suscribió contrato de trabajo con la entidad I.A.C. Gestión Administrativa a término indefinido, bajo el cargo de director seccional. Pese a que el contrato se suscribió con I.A.C. Gestión administrativa, los tramites se realizaron con SaludCoop E.P.S. O.C., que es la empresa para la cual realmente prestaba sus servicios. El 26 de mayo de 2015 las partes contratantes y el accionante suscribieron otrosí, en el cual se modificó el lugar de la prestación de servicios de Valledupar a la ciudad de Bogotá, a partir del 1 de junio de 2015. Con ocasión de la intervención y posterior liquidación de SaludCoop

E.P.S. O.C., el actor continuó cumpliendo las funciones de director seccional para Cafesalud E.P.S. S.A., empresa a la cual se trasladaron los usuarios que pertenecían a SaludCoop E.P.S. O.C. el demandante ejerció funciones de director seccional en favor de SaludCoop E.P.S. y Cafésalud E.P.S. S.A. pese a estar vinculado laboralmente con IAC Gestión administrativa. Los jefes inmediatos del señor Cortes Rivera eran Alfonso Lequerica Borge, Hernán Sepúlveda quienes ocupaban el cargo de gerentes regionales de SaludCoop E.P.S., luego de la liquidación de la entidad, el actor empezó a cumplir órdenes impartidas directamente por Cafesalud, de igual forma laboraba al servicio de E.P.S. Cruz blanca. El último salario devengado por parte de IAC Gestión administrativa correspondió a la suma de \$6.657.400, los cuales eran cancelados de forma quincenal.

Cafesalud E.P.S. invito a algunos trabajadores en misión a participar de un proceso de selección para una contratación laboral directa, en la cual participo el actor. En dicha convocatoria Cafesalud realizo un formato de renuncia para que cada trabajador lo radicara ante IAC Gestión administrativa, antes de firmar el nuevo contrato de trabajo. Uno de los requerimientos que debían presentar los convocados junto con el formato, era una carta de renuncia voluntaria a IAC Gestión Administrativa que fue presentada por el demandante el 18 de julio de 2016. Por consiguiente, el actor perdió su antigüedad de más de 4 años de servicios para poder continuar laborando con la EPS. El señor Andrés Cortes trabajo en beneficio de las demandadas desde el 16 de marzo de 2012 al 18 de julio de 2016, vinculado formalmente a IAC Gestión Administrativa. En el nuevo contrato suscrito con Cafesalud se impuso un salario de \$4.430.200, inferior a la devengada con IAC Gestión Administrativa que era de \$6.657.400. El contrato de trabajo fue firmado un día después de radicada su renuncia ante IAC Gestión administrativa, presionado por el temor de quedar desempleado. Al terminar la relación laboral ninguna de las entidades pagó la liquidación final de prestaciones sociales al demandante, incurriendo en 7 meses de mora. IAC Gestión Administrativa llego a una transacción con las entidades promotoras de salud, en donde pagarían un porcentaje cada una para cubrir el pago de indemnizaciones y acreencias laborales de los trabajadores, acuerdo que no beneficio al actor que aún no ha recibido pago por ningún concepto.

El 5 de agosto de 2016 IAC Gestión Administrativa entregó un documento al actor que indicaba el monto que sería pagado por su liquidación final, la cual no ha sido recibida por el señor Cortes hasta el día de hoy, y pese a la radicación de derecho

de petición por parte del interesado el 31 de octubre de 2016, persistió el silencio de la compañía. Las demandadas no pagaron al accionante el valor correspondiente a tres días de salarios del mes de julio de 2016, la indemnización por despido sin justa causa, el valor correspondiente a las vacaciones de dos periodos, prima de servicios del segundo semestre del 2016, cesantías, intereses a las cesantías, la sanción moratoria. A partir del 15 de enero de 2017 Cafesalud le pagaba al demandante la suma de \$4.651.700 por concepto de salario. La entidad no reajusto el salario durante la vigencia de la relación laboral. El demandante tiene derecho a la reliquidación de los aportes a la seguridad social, parafiscales y prestaciones sociales.

El demandante desde el 12 de mayo de 2012 interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación de Cesar por unas amenazas recibidas por vía telefónica el día anterior, en donde le decían que tenía 72 horas para abandonar el Cesar y que ya tenían ubicada las placas de su vehículo. El 14 de mayo de 2012 pone en conocimiento de sus jefes inmediatos la situación de amenaza e intimidación que estaba viviendo junto con una solicitud de traslado. El 12 de diciembre de 2013 el señor Víctor Hugo Cabarcas, usuario de SaludCoop le lanzo piedras al vehículo del demandante rompiendo el vidrio panorámico del mismo. Los daños del vehículo oscilaron en la suma de \$394.642 los cuales no fueron reembolsados por SaludCoop E.P.S. En el año 2015 varios usuarios de la E.P.S. SaludCoop de Valledupar, regional costa, interpusieron acciones de tutela en contra de esta entidad, solicitando atención a los servicios de salud. El actor nunca tuvo conocimiento de dichas acciones de tutela pues dentro de sus funciones no tenía competencia para responder las acciones de tutela o autorizar medicamentos o tratamientos. Ninguna de las entidades demandadas informó al demandante sobre la existencia de las acciones de tutela, así como tampoco ejercieron acciones de defensa jurídica en favor del actor.

El 3 de septiembre de 2016, la policía metropolitana de Bogotá al pedir sus documentos en un chequeo de rutina en la calle, se dieron cuenta que el demandante tenía orden de captura emitida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar. El señor Cortes Rivera fue esposado y enviado a la estación de policía de Corabastos por tres horas. El 23 de septiembre de 2016 el actor radicó derecho de petición ante Cafesalud solicitando la solución inmediata a sus problemas con la justicia. Dicha entidad le asignó una abogada para su defensa judicial requerida. El

6 de diciembre de 2016 Cafesalud envió dos memoriales de cumplimiento de las diez tutelas al juzgado de conocimiento. El demandante aún sigue en la base de datos del PAD con la orden de arresto vigente, situación que le ha traído graves inconvenientes a la hora de ser requerido por la policía en un retén, peaje o cualquier otro lugar donde le pidan sus documentos. El 4 de enero de 2017 el demandante presenta queja de acoso laboral ante Cafesalud E.P.S. por los anteriores hechos descritos. El 15 de febrero de 2017 el Tribunal Superior de Valledupar- Sala Civil, Familia y Laboral dispuso la suspensión de órdenes de captura y arresto en contra del actor. El 23 de febrero de 2017 se llevó a cabo la diligencia con el comité de convivencia laboral por la queja de acoso laboral presentada.

Actuación procesal

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

EFECTIVA C.T.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 1234 a 1249.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la constitución de IAC Gestión Administrativa, el patrimonio inicial de constitución, la conformación de la asamblea general de asociados de IAC Gestión Administrativa y que IAC Gestión Administrativa no tiene la naturaleza de una empresa de servicios temporales.
- Formuló como excepciones de fondo la inexistencia de la relación laboral, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas e inexistencia de solidaridad entre las demandadas.

ACCIÓN Y PROGRESO, contestó en los términos del escrito visibles a folios 1253 a 1283.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto, inexistencia de obligación laboral, inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa, inexistencia de solidaridad y genérica.

I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, contestó en los términos del escrito visibles a folios 1384 a 1396.

- se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; ; la constitución de IAC Gestión Administrativa, las funciones del consejo de administración de la asamblea general de IAC Gestión Administrativa, las actividades de outsourcing prestadas en favor de personas naturales o jurídicas, a naturaleza de las empresas de servicios temporales para suministro de personal y la orden de liquidación de IAC Gestión Administrativa por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria.
- No propuso excepciones de mérito.

CAFESALUD E.P.S. S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 1410 a 1444.

- se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; los contratos suscritos entre Cafesalud S.A. y IAC Gestión Administrativa, los contratos de mandato y prestación de servicios suscritos con las empresas Cruz Blanca E.P.S., Cafesalud E.P.S. y SaludCoop E.P.S., el proceso de selección adelantado por Cafesalud E.P.S., el salario del nuevo contrato con Cafesalud y el salario devengado por el demandante a partir del 15 de enero de 2017.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, prescripción, temeridad, mala fe y buena fe.

CRUZ BLANCA E.P.S. S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 1448 a 1465.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los contratos suscritos entre Cruz Blanca E.P.S. e IAC Gestión Administrativa, los contratos de mandato y prestación de servicios suscritos con las empresas Cruz Blanca E.P.S., Cafesalud E.P.S. y SaludCoop E.P.S. e IAC Gestión Administrativa, el no pago de la liquidación final al demandante, el no pago de tres días de salario, no pago de indemnización por despido sin justa causa, no pago de vacaciones, no pago de prima de servicios, no pago de cesantías e intereses a las cesantías y la demandada laboral adelantada en curso.

- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de relación laboral entre el demandante y Cruz Blanca E.P.S. S.A., inexistencia de unidad de empresa, buena fe, inexistencia de obligación indemnizatoria y cobro de lo no debido, prescripción y genérica.

SALUDCOOP E.P.S O.C., contestó en los términos del escrito visibles a folios 1125 a 1136.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los contratos suscritos entre SaludCoop E.P.S. e IAC Gestión Administrativa y el requerimiento de trabajadores en misión y el suministro de personal por parte de IAC Gestión Administrativa.
- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación indemnizatoria y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria y genérica.

Sentencia de primera instancia

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

PRIMERO- RECONOCER la relación de trabajo entre el demandante en este caso Andrés Alberto Cortes Rivera y Cafesalud E.P.S. S.A., Cruz Blanca E.P.S. S.A. ambas en liquidación, IAC gestión administrativa en liquidación y SaludCoop E.P.S. OC en liquidación de manera solidaria entre el 18 de julio del año 2016 y el 28 de febrero del año 2017.

SEGUNDO- CONDENAR a IAC GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION, SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACION, CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACION, CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACION, a pagar solidariamente a favor del demandante ANDRES ALBERTO CORTES RIVERA, los siguientes conceptos:

1. \$2.842.705.56 por concepto de cesantías.
2. \$128.429.99 por concepto de intereses sobre las cesantías.
3. \$2.842.705.56 por concepto de primas de servicios.
4. \$1.421.352.78 por concepto de vacaciones
5. \$109.480.800.000 por concepto de indemnización por falta de pago artículo 65 CST, entre el 1 de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2019 correspondiente a los 24 primeros meses, a partir del mes 25 se causarán intereses moratorios sobre el saldo de salarios y prestaciones adeudadas, de acuerdo al interés bancario corriente y las tasas del art 884 del código de comercio.

TERCERO- ABSOLVER a EFECTIVA CTA e IAC ACCION Y PROGRESO, de todas las suplicas de la demanda.

CUARTO- ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, conforme la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO- CONDENAR a SALUDCOOP EPS OC ENLIQUIDACION, CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACION, CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACION e IAC GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION, al pago de costas y agencias en derecho señalándose como tales la suma de \$900.000 a cargo de cada una de ellas. Sin condena en costas a favor ni en contra de EFECTIVA CTA y IAC ACCION Y PROGRESO.

Llego a tal decisión al advertir de las pruebas arrimadas al plenario la existencia de dos relaciones de trabajo, la primera entre Andrés Alberto Cortes Rivera e IAC Gestión Administrativa entre el 16 de marzo de 2012 y el 18 de julio de 2016, y la segunda con Cafesalud EPS entre el 19 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2017. Estableció la inexistencia de la unidad de empresa y la inexistencia de la unidad de contrato. Determino que desde el punto de vista de conciliu fraudis y el abuso del derecho las demandadas son responsables solidariamente, por cuanto pretendieron desconocer entre otras cosas derechos laborales, toda vez que estas entidades se dedicaban preponderante en una gran parte de sus activos y una gran parte de su posición contable, financiera y presupuestal a la administración de gastos de nómina. Absolvió de esta condena solidaria a CTA Efectiva y por IAC Acción y Progreso así como tampoco no hay un mandato específico respecto de la actividad de IAC Gestión Administrativa al no tener posición dominante frente a ellas por cuanto SaludCoop tan solo cuenta entre el 10% y 20% de la composición accionaria. Impartió condena por las prestaciones, vacaciones e indemnización por falta de pago al no encontrarse demostrado su pago.

Recurso de apelación

La parte demandante se presenta inconforme frente a la absolución de las empresas Efectiva y Acción y Progreso, por cuanto lo acaecido y probado apunta a la creación de un sistema fraudulento con el propósito de evadir responsabilidades, entonces el hecho que estas empresas sean minoritarias no las exime de su responsabilidad solidaria.

La demandada SaludCoop EPS indica que para la época en que se desarrolló la relación laboral suscrita con Cafesalud es decir del 19 de julio del 2016 hasta el 28 de febrero del 2017, no desarrollaba su objeto social como quiera que conforme a la resolución 2414 del 24 de noviembre del 2015 dejó de prestar sus servicios de EPS. Así las cosas, las aparentes actuaciones llevadas a cabo por el demandante a favor de SaludCoop no continuaran desarrollándose. De igual manera al haber finalizado la relación laboral el 18 de julio de 2016 por renuncia voluntaria, no hay interés en la entidad para desarrollar una segunda relación; además se debe tener en cuenta que el contrato fue suscrito con Cafesalud EPS. En consecuencia no hay obligación alguna por parte de la entidad en el reconocimiento de cualquier emolumento de tipo laboral, pues todas las actividades desarrolladas por el demandante estaban enfocadas para terceras entidades.

La demandada Cafesalud EPS considera debe ser revocado el fallo en su integridad como quiera que las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a reconocer la existencia de la relación laboral entre el 16 de marzo del 2012 y el 18 de julio del 2016, lapso durante el cual estuvo vinculado a IAC Gestión Administrativa. El demandante no persiguió el pago de emolumentos con relación a la vinculación que tuvo con Cafesalud, lo que se tiene como una declaración tacita en el sentido que recibió todos los pagos a que tenía derecho. En relación con la nivelación salarial no se logró demostrar la existencia de una sola relación laboral o la continuidad en relación con la ejecutada con IAC Gestión Administrativa. Se trato de dos contratos totalmente diferentes e independientes. Las funciones desempeñadas con Cafesalud se efectuaban de manera exclusiva para esa entidad y por consiguiente esta es la llamada a responder por ese extremo laboral, el cual se acreditó con la contestación de la demanda que se encuentra a paz y salvo para con el demandante. El Despacho para la determinación de la intermediación laboral basa en la prueba testimonial del señor Wilson Hernández, la cual solicita sea recibida por el H. Tribunal, pues esa carece de objetividad, pues lo que se advierte de su dicho es su descontento con su ex empleador. También quedo claro que IAC gestión administrativa operaba de manera independiente y autónoma, que contaba con una serie de clientes que soportaban el musculo financiero de dicha entidad.

La demandada **Cruz Blanca** como sustento de su inconformidad aduce que no se cumplen con los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para declarar la solidaridad.

Tampoco se advierte en el plenario cumplidos los presupuestos del artículo 24 del C.S.T. para declarar la existencia del contrato, pues se demostró que efectivamente lo fue con IAC Gestión Administrativa. Así las cosas solicitan se revoque la decisión en relación con esta demandada.

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

Parte demandante: manifiesta que quedó ampliamente demostrado que el grupo Saludcoop, diseñó un sistema para violar la ley laboral. Señala que excluir de la condena a dos de las entidades que participaron en el fraude resulta contrario a derecho. Que en efecto el trabajador suscribió contratos con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y CAFESALUD, pero dichas entidades no eran más que una empresa que fungía como un outsourcing de nómina. El señor Andrés Alberto Cortés recibía instrucciones, directrices, parámetros y pago de su nómina de las empresas, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y CAFESALUD, como se evidenció en el curso del proceso.

Parte demandada:

- **EFECTIVA C.T.A.:** no se pronunció en esta etapa.
- **ACCIÓN Y PROGRESO: solicita** se confirme el fallo. Señala que no existe ninguna prueba de que IAC ACCION Y PROGRESO, ostente alguna condición de predominio económico, o fije las directrices en cuanto al propósito para las entidades a quienes el demandante ha atribuido su condición de empleadores. Además, la participación de IAC ACCIÓN Y PROGRESO en la conformación de IAC GESTION ADMINISTRATIVA, fue de un mínimo porcentaje (20%) y la unidad de empresa se predica únicamente de forma vertical, es decir, de la entidad predominante respecto de sus subordinadas, pero no en sentido inverso, ni tampoco entre entidades que se encuentran en un mismo nivel. Finalmente, frente a la opción de solidaridad que establece el art. 36 del C.S.T. Advierte que la misma aplica única y exclusivamente para “sociedades de personas” y no entidades de carácter cooperativo.

- **I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA:** no se pronunció en esta etapa.
- **CAFESALUD E.P.S. S.A.:** solicita se revoque el fallo. Señala que las labores desarrolladas por la demandante se prestaron directamente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en el periodo comprendido del 16 de marzo de 2012 al 18 de julio de 2016, en adelante en virtud de la relación que la cobijó, razón por la cual no se cumple el presente elemento. Respecto a la remuneración, manifiesta que los valores percibidos por el demandante no fueron girados por Cafesalud E.P.S. sino por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA como se evidenció en los anexos adjuntos de la demanda. En conclusión, queda demostrado que ninguno de los elementos del contrato de trabajo se reúne en el presente caso, y por lo tanto no es posible establecer que el contrato no sea haya ejecutado en debida forma, como quiera que ni de las pretensiones de la demanda, ni de las pruebas recaudadas, se desprende alguna vulneración de los derechos laborales del actor por parte de la EPS.
- **CRUZ BLANCA E.P.S. S.A.:** no se pronunció en esta etapa.
- **SALUDCOOP E.P.S.:** 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 determinar el empleador del señor Andrés Alberto Cortes Rivera entre el 19 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2017. Si hay lugar a las condenas impartidas en la sentencia respecto del lapso laboral del 18 de julio de 2016 al 28 de febrero de 2017. De prosperar lo anterior se estudiara si son responsables solidariamente EFECTIVA CTA, IAC ACCIÓN Y PROGRESO, SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN y CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN de las condenas impartidas.

Existencia del contrato de trabajo

No se encuentra en controversia que entre Andrés Alberto Cortes Rivera e IAC Gestión Administrativa existió un contrato de trabajo (fls. 946 a 949) entre el 16 de marzo de 2012 y el 18 de julio de 2016, cuando el trabajador presentó su renuncia (fl. 765). De igual manera que entre Andrés Alberto Cortes Rivera y Cafesalud EPS existió un contrato de trabajo (fls. 775 a 779) entre el 19 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2017, conforme los hechos de la demandada y las documentales allegadas al plenario.

Las condenas objeto de apelación fueron impartidas por el lapso entre el 19 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2017, en el cual el demandante estuvo vinculado con Cafesalud EPS, entidad a la cual se reitera se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido (fls. 775 a 779). Condenas impuestas solidariamente a cargo de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN, CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN y a favor del actor.

Ahora, la demandada Saludcoop apela que en el interregno entre el 19 de julio de 2016 y hasta el 28 de febrero de 2017 no le era posible al actor prestar sus servicios para esta entidad dada la resolución 2414 del 24 de noviembre del 2015 mediante la cual se estableció que no podría seguir desarrollando sus actividades.

Por su parte, la demandada Cafesalud en su apelación señala que las funciones desempeñadas en virtud de la relación laboral con Cafesalud se efectuaban de manera exclusiva para esta entidad y por consiguiente es la llamada a responder por ese extremo laboral, el cual afirma estar a paz y salvo.

Se escucho a los testigos Liliana Ríos Rodríguez y Wilson Hernández Luna, quienes dieron cuenta cómo fue su vinculación con IAC Gestión Administrativa, los manejos administrativos de esta empresa, sin embargo fueron escasos los conocimientos que tiempo modo y lugar en relación con las actividades que desarrollaba el actor entre el 19 de julio de 2016 y el 28 de febrero de 2017. Además se escuchó a la señora Kellen Johanna Ortiz Sierra, quien dijo ser la esposa del actor. Contó que una vez fue detenido el actor por las tutelas que tenía a su nombre en SaludCoop Valledupar.

De igual manera se escuchó a Liliana Constanza Gómez Marín quien desempeñaba el cargo de directora de la regional Faca – La Mesa, cargo que fue asumido en su reemplazo por el actor. En relación con las ocupaciones dijo que se trabajaba en función de las EPS que estaba en la carta descriptiva del cargo y dentro de sus funciones. Adujo que los jefes directos eran funcionarios de SaludCoop, luego luego un jefe que era nomina Cafesalud y así sucesivamente. Dijo que ella le reportaba al gerente de la regional que era de SaludCoop.

De la anteriores pruebas se advierte que existió una contratación directa por parte de Cafesalud con el demandante según el contrato de trabajo (fls. 775 a 779), para desempeñar el cargo de director regional; sin que se haya demostrado un desarrollo de tareas o funciones a favor de otra EPS u otra entidad en este lapso tal como fue afirmado por la testigo Liliana Constanza Gómez Marín quien ejerció el mismo cargo y que además fue aceptado por la demandada Cafesalud en su apelación. Por lo anterior, se modificara el ordinal primero de la sentencia y en su lugar se declarara la existencia del contrato de trabajo caso Andres Alberto Cortes Rivera y Cafesalud EPS SA entre el 18 de julio del año 2016 y el 28 de febrero del año 2017.

Precisa La Sala que si bien las pretensiones principales del libelo introductor se encaminaban al reconocimiento de la unidad de empresa entre las demandadas EFECTIVA CTA e IAC ACCIÓN Y PROGRESO, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN, CRUZ BLANCA EPS SA EN LIQUIDACIÓN, lo cierto es que el A quo dispuso que no se daban las condiciones para su declaratoria como tampoco para declarar la unidad de contrato, y al no ser objeto de apelación esta unidad, esta Sala de Decisión no realiza pronunciamiento sobre el particular.

En igual sentido, se debe decir que a pesar del estudio que realizó el A quo sobre el concilio fraudis y el abuso del derecho se hace innecesario el análisis de la solidaridad y la intermediación laboral frente a LA INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO – IAC ACCIÓN Y PROGRESO, SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO –EFECTIVA CTA-, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD E.P.S Y SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN al advertirse un contrato directo, razón

por la cual esta Sala de decisión se releva del estudio de las apelaciones en lo que tiene que ver con la solidaridad.

Procedencia de las condenas

La demandada Cafesalud señala que las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a reconocer la existencia de la relación laboral entre el 16 de marzo del 2012 y el 18 de julio del 2016, lapso durante el cual el actor estuvo vinculado a IAC Gestión Administrativa y que no se persiguió el pago de emolumentos con relación a la vinculación que tuvo con Cafesalud.

Hay que señalar que revisado el escrito introductor, contrario a lo afirmado por el apelante se advierte la existencia de pretensiones a cargo de Cafesalud EPS en relación con el contrato entre el 19 de julio de 2016 y hasta el 28 de febrero de 2017, las que corresponden a los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social. Se aclara que el A quo en sus consideraciones señaló que al no haberse demostrado el pago de las acreencias a la finalización del contrato procede su condena, las que fueron impartidas en uso de las facultades ultra y extra petita¹. Por lo anterior, encuentra La Sala acordes y proporcionales las condenas impuestas por lo que se confirma la sentencia apelada en este punto.

En consecuencia dadas las resultas del proceso se absuelve a CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP E.P.S. OC EN LIQUIDACIÓN, EFECTIVA CTA e IAC ACCION Y PROGRESO de las pretensiones incoadas en su contra, razón por la cual se modificara el ordinal tercero de la sentencia apelada.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es modificar el ordinal primero de la sentencia para en su lugar establecer la relación de trabajo únicamente con Cafesalud E.P.S. S.A., del mismo modo las condenas impuestas en el ordinal segundo estarán a cargo de Cafesalud E.P.S. S.A. En consecuencia dadas las resultas del proceso se absuelve a CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN, IAC GESTIÓN

¹ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP E.P.S. OC EN LIQUIDACIÓN, EFECTIVA CTA e IAC ACCION Y PROGRESO de las pretensiones incoadas en su contra por lo que modifica el ordinal tercero.

COSTAS

Las de primera se modifican y quedan a cargo de Cafesalud EPS. Sin condena en 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 PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día de marzo de 2020, el cual quedara así:

PRIMERO- RECONOCER la relación de trabajo entre el demandante en este caso Andrés Alberto Cortes Rivera y Cafesalud E.P.S. S.A. entre el 18 de julio del año 2016 y el 28 de febrero del año 2017.

SEGUNDO. - MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día de marzo de 2020, el cual quedara así:

SEGUNDO- CONDENAR a CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del demandante ANDRES ALBERTO CORTES RIVERA, los siguientes conceptos:

1. \$2.842.705.56 por concepto de cesantías.
2. \$128.429.99 por concepto de intereses sobre las cesantías.
3. \$2.842.705.56 por concepto de primas de servicios.
4. \$1.421.352.78 por concepto de vacaciones.
5. \$109.480.800.000 por concepto de indemnización por falta de pago artículo 65 CST, entre el 1 de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2019 correspondiente a los 24 primeros meses, a partir del mes 25 se causarán intereses moratorios sobre el saldo de salarios y prestaciones adeudadas, de acuerdo al interés bancario corriente y las tasas del art 884 del código de comercio.

TERCERO. - MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo de 2020, el cual quedara así:

TERCERO- ABSOLVER a SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA C.T.A., INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESO, INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA- I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CRUZ BLANCA E.P.S. S.A. Y ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO- SALUDCOOP E.P.S O.C. EN LIQUIDACIÓN, de todas las suplicas de la demanda.

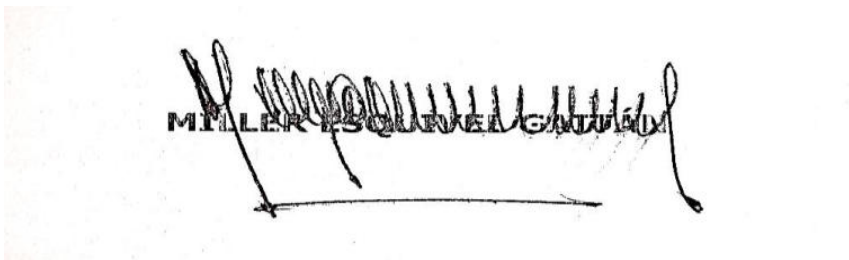
CUARTO.- COSTAS Las de primera se confirman. Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE ANDRÉS JOSÉ CASALLAS NARVAÉZ y MÓNICA ANDRADE CARO CONTRA LOH ENTERPRISES COLOMBIA S.A.S. Rad. 2018 00181 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

ANDRÉS JOSÉ CASALLAS NARVAÉZ y MÓNICA ANDRADE CARO demandaron a LOH ENTERPRISES COLOMBIA S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 11 a 12.

- Declaración de la existencia de un contrato de trabajo.
- Cesantías
- Intereses a las cesantías y multa por el pago no oportuno.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Primas de servicios.
- Vacaciones indexadas.
- Aportes al sistema de pensiones.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales.
- Perjuicios morales.
- Perjuicios materiales.
- Gastos administrativos.
- Valores dejados de pagar por crédito de vehículo.

- Saldo de indemnización adeudado por la demandada a favor de Andrés Casallas.
- Depósito de arrendamiento de vivienda en la ciudad de Clarks Summit, Pensilvania- Estados Unidos
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Pago de intereses moratorios.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 11. Andrés José Casallas Narváez se vinculó mediante contrato de trabajo con LOH Enterprises Colombia S.A.S. a termino indefinido el 15 de febrero de 2010 para desempeñar el cargo de gerente general. Mónica Andrade Caro esposa de Andrés José Casallas Narváez, laboró como directora de crédito y cartera en LOH Enterprises Colombia S.A.S. desde el 2 de septiembre de 2013 y hasta el 13 de abril de 2016. Los demandantes y LOH Colombia decidieron variar la modalidad del contrato y lo establecieron a término fijo de 3 años hasta el 31 de enero de 2018, contratos que fueron terminados unilateralmente por el empleador el 13 de abril de 2016. Presentaron una renuncia ficticia el 24 de julio de 2015 al cargo desempeñado en Colombia. El motivo de la renuncia fue la aceptación de la oferta laboral que le hizo la casa matriz LOH Enterprises LLC en el cargo de Director Financiero para Colombia y otras sucursales en el caso de Casallas, y el cargo de Directora Administrativa y de Crédito para la señora Mónica, ambos cargos sin solución de continuidad, razón por la cual se trasladaron a Estados Unidos con su hijo de nombre Mateo. Mediante comunicación de fecha 16 de enero de 2015 LOH USA se dirigió al departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos para obtener la visa de trabajo del demandante, donde se describió las funciones a desempeñar. La asignación fijada ascendía a US\$75.000 anual, pagos que se realizaba cada dos semanas. En la nueva posición dirigía la parte financiera de la empresa en Estados Unidos, Colombia y otras sucursales. Reportaba directamente a Loh. Dentro de sus responsabilidades se encontraba la administración de la entidad en Colombia. La visa les fue otorgada por tres años al igual que el permiso de trabajo. La demandada se comprometió a llevar su menaje a Estados Unidos. Tomaron en arriendo una casa el 18 de agosto de 2015 a partir del 5 de septiembre de ese año y hasta el 31 de agosto de 2017, dejando un depósito por valor de US\$1.300. Le fue dada la bienvenida al demandante el 27 de julio de 2017 y les fue terminado el contrato a partir del 13 de abril de 2016. Fue apremiado a suscribir un

acuerdo de separación y liberación en el cual se establecía el fin de la relación, el reconocimiento de una indemnización por valor de US\$17.308, a la reubicación de la familia en Colombia en junio de 2016 y el reintegro de los gastos que esto conlleve. En cuanto a Mónica Andrade se le informó que su cargo sería eliminado pero que seguiría devengando su salario hasta mayo de 2016. La demandada realizó un pago parcial de la mudanza de regreso a Colombia. Fueron presionados los demandantes para efectuar su mudanza antes del 30 de junio de esa anualidad. Incurrieron en gastos adicionales y elevados de traslado a Colombia debido a la presión impuesta. Ante el incumplimiento de las obligaciones financieras de Casallas en Estados Unidos quedó con reportes negativos. Las anteriores situaciones desencadenaron cuadros psicológicos en los demandantes que requirió atención profesional. Les fue cancelada la visa de trabajo antes del traslado a Colombia lo que impidió su reubicación laboral. Solo les fueron pagadas todas sus prestaciones y cotizaciones a seguridad social hasta el 25 de julio de 2015. El despido fue unilateral y sin justa causa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 204 a 226.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación laboral de los señores Andrés José y Mónica desde el 15 de febrero de 2010 y 2 de septiembre de 2013 de 2018, y las cotizaciones que se realizaron hasta el 25 de julio de 2015.
- Formuló como excepción previa; falta de competencia.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la inexistencia de la obligación propuesta por la

pasiva. Llegó a esa decisión luego de analizar el acervo probatorio, el cual le permitió establecer que no existió una continuidad del contrato laboral que tenían anteriormente en LOH ENTERPRISES COLOMBIA S.A.S., toda vez que se trató de un nuevo vínculo laboral de los demandantes con una empresa jurídica diferente denominadas LOH ENTERPRISES LLC y por ende un nuevo empleador quien ejercía su propia subordinación, finalizando el primer vínculo por renuncia voluntaria de los actores y donde no se demostró que el nexo laboral continuara y estuvieran dirigidos por la empresa ubicada en Colombia.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión solicita se revoque en su integridad la sentencia y alega que ambas empresas son la misma sociedad, tienen igual junta directiva y presidente, por tanto, la sede en Estados Unidos es la matriz y LOH Enterprises Colombia S.A.S. es una empresa subsidiaria y proveedora de múltiples productos y servicios. Además, señala que de acuerdo a un documento elaborado por el señor Loh Perry quedó demostrado que el expresaba que se llevaría a el señor Casallas para que siguiera desempeñando las funciones que ejercía en Colombia, pero en el nuevo cargo de CFO o director financiero que tendría en Estados Unidos, por tanto, hay una continuidad de la prestación del servicio en el extranjero. Se demostró con amplitud como lo dijo en el interrogatorio de parte Álvaro Ramírez, que el actor trabajó en Enterprises Colombia hasta julio de 2015 y también lo hizo su esposa Mónica Andrade, viajaron a trabajar en la compañía LLC LOH ENTERPRISES, que es dueña del 99% de la empresa en Colombia por ende considera, que no tiene que exigirse los requisitos del artículo 194 del CST en relación con la unidad de empresa. Indica que no existe una voluntad de renuncia sino simplemente, una búsqueda de mejores condiciones laborales, pero bajo la subordinación de la misma empresa empleadora.

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

Parte demandante: manifiesta que quedó plenamente demostrada la subordinación ejercida y la excepción que protege al demandante, sin que sea necesario como se adujo en primera instancia, probar la existencia de la sucursal de

la empresa extranjera en Colombia, pues goza el juez laboral de libertad probatoria, sin que esté ajustado a tarifa legal alguna, sino a la formación de su libre convencimiento, mismo que se extrae con claridad de la prueba adosada al plenario que permite establecer la continuidad de la relación sostenida en Colombia y la que se acreditó en el extranjero, donde continuó en un cargo de mayor jerarquía, subordinado a un jefe que le extendía órdenes para ser desarrolladas en Colombia. El contrato de término indefinido que sostenía en Colombia varió a contrato a término fijo, según acuerdo verbal entre las partes del 25 de julio de 2015, que debía extenderse hasta el 31 de enero de 2018, así se le hizo saber a inmigración Colombia, la visa de trabajo contemplaba esa fecha, suficientes elementos para establecer el valor de la indemnización reclamada.

Parte demandada: considera que los demandantes presentaron su renuncia libre y voluntaria ante la compañía el día 24 de julio de 2015, la relación laboral y contractual finalizó; de igual manera, luego de la enunciada fecha, entre los accionantes y LOH ENTERPRISES COLOMBIA S.A.S. no existió un vínculo contractual u otra clase de vínculo contractual, así como no existió algún tipo de subordinación por parte de la demandada después del 26 de julio de 2015. Resalta que la prestación de servicio que realizaron los demandantes a partir de octubre de 2015 era en Estados Unidos a favor de su empleador LOH ENTERPRISES LLC, quien ejerció además las facultades de subordinación y remuneró los servicios prestados, tal como se evidencia en el acervo probatorio, siendo de esta forma procedente determinar que la empresa no tenía ningún tipo de injerencia laboral. Por todo lo anterior la compañía cumplió a cabalidad con sus obligaciones originadas de la relación laboral y canceló los conceptos correspondientes a salarios y prestaciones sociales.

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 los demandantes tienen derecho a las acreencias laborales a cargo de LOH ENTERPRISES COLOMBIA S.A.S.

como consecuencia de la continuidad del contrato de trabajo entre el 27 de julio de 2015 y el 13 de abril de 2016 con LOH Enterprise LLC.

Partiendo de las pretensiones y la sustentación del recurso de alzada se debe establecer si en realidad existió una continuidad en la relación laboral, para ello se debe determinar si LOH Enterprise LLC es la empresa matriz y LOH Enterprises Colombia S.A.S. es su subsidiaria en Colombia y/o la existencia de la unidad de empresa, para así entrar a determinar la viabilidad de las pretensiones que de manera consecuencial presentó el apelante.

No se encuentra en controversia que entre Andrés José Casallas Narváez y LOH Enterprises Colombia S.A.S. existió un contrato de trabajo (fls. 227-230) entre el 15 de febrero de 2010 y el 26 de julio de 2015, cuando el trabajador presentó su renuncia (fl. 231). De igual manera que entre Mónica Andrade Caro y LOH Enterprises Colombia S.A.S. existió un contrato de trabajo (fl. 234-239) entre el 2 de septiembre de 2013 y el 26 de julio de 2015, cuando la trabajadora presentó su renuncia (fl. 240).

Ahora, en lo que hace referencia a la relación laboral de los demandantes entre el 27 de julio de 2015 y el 13 de abril de 2016 por aceptado se tiene que los servicios fueron prestados a la empresa LOH Enterprise LLC en Estados Unidos de América, frente a lo cual se debe precisar que la aplicación de la Ley en el espacio el artículo 2 del C.S.T.¹ establece que la legislación colombiana aplica únicamente a servicios prestados en el país, salvo que exista acuerdo entre las partes o en caso de ser inequívoca la continuada subordinación desde Colombia.

En lo atinente a la **continuidad de la relación laboral**, los demandantes manifiestan que LOH PERRY como propietario de las empresas en cita, les ofreció una posición al interior de LOH Enterprise LLC la que les reportaba beneficios, por lo que ellos aceptaron esa “transferencia” y se mudaron a Estados Unidos. Previo a ello presentaron renuncia a partir del 25 de julio de 2016 ante LOH Enterprises Colombia S.A.S.

¹ **ARTICULO 2. APLICACIÓN TERRITORIAL.** El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.

Obra a folio 50 carta de bienvenida dirigida a Andres Casallas, en el cargo CFO de LOH USA suscrita por Perry Loh en su calidad de presidente. Se destaca la documental a folios 28 a 34 con traducción oficial a folios 321 a 328, comunicación dirigida al servicio de ciudadanía y migración del departamento de seguridad nacional de los Estados Unidos; del mismo se advierte que LOH Medical es dueña del 99% de LOH Colombia y LOH Brasil, de igual manera que es propietaria del 100% de las operaciones en Argentina, Chile, Costa Rica y México. Manifiesta la misiva que desea transferir al señor Andrés Casallas quien ostenta el cargo de gerente general de la subsidiaria de Colombia a la posición de vicepresidente financiero en la casa matriz ubicada en Pensylvania. La misma se encuentra suscrita por Perry Loh presidente de la compañía LOH Enterprises LLC, sin embargo no se encuentra acreditado dentro del plenario la posición que dice desempeñar en una y otra compañía, ni que LOH USA sea la casa matriz o en su defecto la subordinación de LOH Colombia, pues tal como lo advirtió la A quo dichas manifestaciones tienen como objetivo la obtención de la visa de Casallas Narváez, de la cual también dependía el permiso de trabajo para los demandantes.

Se debe señalar que revisado el certificado de existencia y representación legal de LOH Enterprises Colombia S.A.S. visible a folios 20 a 22, 185 a 189 y 312 a 313, no se advierte referencia alguna a LOH Enterprise LLC, tampoco que se haya constituido como subsidiaria, filial o subordinada de LOH Enterprise LLC, esto si se tiene en cuenta la obligatoriedad de la inscripción del registro mercantil prevista en el párrafo 1º del Artículo 30 de la Ley 222 de 1995². De otra parte, a pesar de la afirmación de las partes que señalaron que el señor Loh Perry es el propietario de LOH Enterprise LLC y LOH Enterprises Colombia S.A.S. y que LOH Enterprise LLC es

² **ARTICULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.** Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

PARÁGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente.

propietaria del 99% de las acciones LOH Enterprises Colombia S.A.S., se resalta que el certificado de existencia y representación legal resulta ser el medio de prueba idóneo a fin de acreditar la representación legal y la dependencia o subordinación de la demandada. Puestas así las cosas, al tratarse de dos compañías jurídica y totalmente independientes no se puede establecer una continuidad de la relación laboral.

Además, sobresale la renuncia presentada de manera voluntaria por ANDRÉS JOSÉ CASALLAS NARVAÉZ (fl. 231) a su cargo de Gerente General en LOH Enterprises Colombia S.A.S., la que tiene como sustento la aceptación de la oferta laboral en la casa matriz LOH Enterprise LLC. Por su parte MÓNICA ANDRADE CARO (fl. 240) presentó renuncia al cargo de Directora Administrativa sin señalar motivo alguno. Consecuencia de estas misivas fueron terminados los contratos de trabajo y se pagaron las liquidaciones correspondientes. Lo anterior denota el conocimiento que tenían los demandantes de la finalización de sus contratos de trabajo con LOH Colombia y el establecimiento de un nuevo contrato de trabajo con unas nuevas condiciones en LOH USA, como lo eran salario y cargo. Téngase en cuenta que a pesar que los demandantes aducen que la misma fue ficticia lo cierto es que no existió objeción a la sumas recibidas por liquidación final (fls. 232 y 241).

En gracia de discusión, tampoco se advierte que los demandantes en el desarrollo de sus labores en LOH USA hubiese estado bajo la subordinación de LOH Colombia o que hubiesen continuado desarrollando las mismas funciones que las asignadas en Colombia, lo anterior se advierte del interrogatorio de parte rendido por **Álvaro Ramírez Peña** en su calidad de **representante legal de la demandada**, dijo que el no reportaba nada a Andrés Casallas, tampoco el señor Andrés debía repórtale su gestión. En el ejercicio de su cargo desde el momento de la renuncia fue el encargado y único responsable de la compañía como gerente general. Indicó que LOH Enterprises LLC es uno de los proveedores de LOH Enterprises S.A.S. que venden elementos para personas con discapacidad. En relación con la señora Mónica informo que él no le impartía órdenes y que ella en el desarrollo de sus función en LOH USA no tenía injerencia en el área de cartera de LOH Colombia.

Por su parte el actor **Andrés Casallas** en su interrogatorio afirmo que las dos empresas son jurídicamente diferentes. No suscribió contrato escrito con LOH USA,

lo único que tuvo fue una carta que contenía las funciones encargadas, dentro de ellas estaba el seguimiento a LOH Colombia y LOH Brasil. En Colombia tenía muchas de las funciones que hacía en Estados Unidos en relación con el establecimiento de políticas y seguimientos de Colombia y Brasil. Su jefe directo era Loh Perry. No ejerció la representación legal de la demandada.

La demandante **Mónica Andrade** dijo que renunció a LOH Colombia al aceptar la oferta que fue realizada directamente por el señor Loh Perry. Su jefe directo en Colombia era Loh Perry y Andrés Casallas. Las funciones en Colombia y en Estados Unidos eran las mismas. Realizaba los cobros a otras sucursales entre esas Panamá y en Estados Unidos le cobraba a Colombia, México, Brasil, ese cobro dependía de los términos de la venta para que ella entrara a cobrar esas carteras LOH Enterprises Colombia es una subsidiaria y son empresas idénticas.

La testigo **Claudia Andrade** quien es la hermana de la señora Mónica Andrade, dijo que los demandantes dejaron todo en Colombia para irse a Estados Unidos. En Colombia trabajaba en Loh Enterprises. La empresa les pago todos sus trámites para irse a estados unidos.

Por su parte **Claudia Patricia Casallas** hermana de Andrés Casallas, dijo que los demandantes dejaron todo en Colombia y se fueron a Estados Unidos, era un proyecto a largo plazo y finalmente el vínculo laboral terminó. En Colombia trabajaban en LOH Enterprises la sucursal, para el señor Loh Perry. Tiene entendido que es la misma empresa y tienen la oficina principal en estados unidos. Andrés en Colombia era gerente de la sucursal y en Estados Unidos no sabe sus funciones. Mónica cree que estaba en la parte contable.

En relación con el testigo **Juan Diego Muñoz Barbosa**, director comercial dentro de la demandada, dijo que cuando Andrés Casallas se va a Estados Unidos dejan de tener algún vínculo laboral porque su jefe directo en Colombia era el gerente de LOH Colombia, pues LOH USA era un proveedor independiente para ellos y esa es su única relación. Tienen más proveedores como ATH y Vilma que proveen sillas de ruedas y otros elementos. Andrés en Colombia era el gerente general Y estaba a cargo de la parte financiera, era responsable de revisar el presupuesto de ventas, la parte de cartera y recolección, estaba encargado únicamente de Colombia. No

recibía ordenes e instrucciones de Andrés Casallas cuando se fue a laborar a LOH USA. La señora Mónica Andrade no recibía ni impartía ordenes tanto a Martha Camerano o Álvaro Ramírez, porque son empresas independientes y funcionan de manera diferente.

Finalmente **Martha María Camerano Barceló**, directora comercial de la demandada, dijo que con Andrés Casallas no tuvo ningún vínculo laboral, las instrucciones y ordenes solo las recibía del señor Álvaro Ramírez como gerente general de LOH Colombia. Las decisiones financieras de LOH Colombia las tomaba solo el señor Álvaro Ramírez. Los manejos de presupuesto, clientes y visitas los manejaba junto con Álvaro, la gestión comercial de LOH Enterprises Colombia la hacían solo ellos ya que evaluaban los documentos, era parte de sus funciones como directora financiera y Álvaro como gerente general. Las funciones de Mónica Andrade referente al cobro de cartera eran de los clientes solamente de LOH Enterprises LLC porque el manejo de cartera en Colombia lo hacía ella y las directrices las recibía solo del señor Álvaro. LOH Enterprises Colombia es un cliente de LOH Enterprises LLC y cuando se hacían giros o pagos a ese proveedor se le reportaba a Mónica Andrade sobre esos giros para que reportara el pago e inventario, no existió otro tipo de relación. Álvaro Ramírez no le impartía ordenes ni instrucciones a Mónica Andrade, la gerencia y gestión administrativa de LOH Enterprises Colombia se gestiona solo en el país y no lo hace otra empresa, no algún tipo de intrusión en los clientes de LOH Enterprises LLC.

Las anteriores declaraciones dan certeza a La Sala que existía una relación comercial entre LOH Colombia y LOH USA, de igual manera que el desarrollo de las tareas que les fueron encargadas a los demandantes en LOH USA lo fue con plena independencia y autonomía de las que se venían realizando en LOH Colombia, desvirtuando la alegada continuidad relación laboral respecto de la cual los demandantes pretendían su declaratoria.

En cuanto a la **unidad de empresa**, si bien el apelante señala que no se debe dar aplicación a este concepto por considerar que se trata de una sola empresa como quiera que la compañía LOH Enterprises LLC es la dueña del 99% de la empresa LOH Colombia, sin embargo al no encontrarse acreditado este hecho, se pasa a

determinar la unidad de empresa entre LOH Enterprises LLC y LOH Enterprises Colombia S.A.S.

Resulta oportuno mencionar el precepto legal que aplica al caso concreto como lo es el artículo 194 del C.S.T³. La anterior normativa indica los requisitos para que proceda su declaratoria y las autoridades competentes de su trámite; pero ha sido doctrinaria y jurisprudencialmente como se ha entendido el objeto y finalidad de esta figura jurídica, y de acuerdo a lo considerado por el Consejo de Estado en providencia de antaño, se entiende como el mecanismo para *"...evitar que, mediante la constitución de diferentes sociedades, que jurídicamente son personas diferentes de los socios (artículo 2079 del C.C.) se oculte o simule la verdadera realidad económica en perjuicio de los trabajadores vinculados a ellas, para hacerla prevalecer con todas sus consecuencias. Por consiguiente, la declaratoria de unidad de empresa tiene **por objeto hacer prevalecer, para los efectos indicados, la realidad económica sobre la jurídica, bajo el concepto de "unidad de explotación económica"**, que no puede confundirse con el de sociedad porque, como sostuvo el Consejo en la mencionada sentencia, una de las finalidades de la institución consiste en que "se pueda declarar administrativamente la existencia de la unidad de empresa no obstante la multiplicidad de sociedades vinculadas a ella"* (Negrillas fuera de texto original) Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de noviembre 4 de 1972.

Por vía de constitucionalidad la Corte se pronunció en sentencia C-1185 de 2000 recalcando los siguientes aspectos:

"La unidad de empresa es un instituto jurídico propio del derecho laboral que **busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los**

³ "1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.

trabajadores que laboran para un mismo patrón, entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias. La igualdad se hace realidad reconociendo a todos los trabajadores un mismo sistema especial salarial y prestacional, con fundamento en la capacidad económica de quien se considera un único patrón". (Negrilla fuera de texto original).

Con base en los preceptos legales, la jurisprudencia ha precisado que *"Esta figura está integrada por los siguientes elementos: a) Una misma persona, natural o jurídica; b) De la cual dependan económicamente varias unidades; c) Que realicen actividades similares, conexas o complementarias, y d) Que tengan trabajadores a su servicio. Lo esencial aquí es la dependencia económica de esas varias unidades respecto de una misma persona; si tales unidades se presentan independientes o autónomas, no puede cobijárselas bajo el concepto de unidad de empresa"*⁴ (Negrillas fuera de texto original).

Tocando ahora el punto concreto de apelación, considera el recurrente que se prueba que se trata de una sola empresa como quiera que la compañía LOH ENTERPRISES LLC es la dueña del 99% de la empresa en Colombia, sin embargo como no existe prueba idónea que conlleve a este convencimiento por parte de La Sala, fundamento que en sentir de la Sala no es suficiente frente a la pluralidad de elementos exigidos por la norma estudiada.

En consecuencia, se estudiarán los elementos exigidos por la norma como son: ***a) Una misma persona, natural o jurídica. b) De la cual dependan económicamente varias unidades:*** Como primera medida debe recalcar la Sala que se pretende aplicar la unidad de empresa a dos entidades autónomas y con personería jurídica propia, lo que no contempla los supuestos de hecho previstos legalmente. Es así como del certificado de existencia y representación indica la existencia de LOH Enterprises Colombia S.A.S., la que cuenta con su propio manejo y dirección, sin que se haya aportado la prueba de constitución de LOH Enterprises LLC. Aunado a ello no se evidencia que la primera sea dependiente de la segunda económicamente, o que una sea filial o subsidiaria de la otra o viceversa, carga de la prueba que le correspondía a los accionantes.

⁴ Sentencia de Junio 6 de 1972 Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Consecuente con lo anterior se le debe aclarar al apelante que la dependencia económica no se refiere de manera exclusiva a la propiedad que se ejerce respecto de quienes componen las unidades empresariales; como ya se anotaba en jurisprudencias reseñadas, las accionadas deben carecer de la autonomía dispositiva que se requiere para desarrollar las diferentes actividades que les permitan realizar su objeto social, lo que implica de por sí, una disposición en materia económica. Contrario a lo anterior una filial, dependencia o cualquier empresa de la que se predique unidad de empresa, debe estar supeditada a la autorización o aprobación de los aspectos referidos respecto de quien se predica la figura jurídica analizada.

De otro lado y como tercer elemento integrante se debe acreditar que las unidades económicas “**realicen actividades similares, conexas o complementarias,**”, este requisito es el único que se cumple, puesto que del acervo probatorio, se tiene que el objeto de la demandada y de LOH Enterprises LLC consistía en vender los productos de servicios médicos y aparatos especiales, además de la relación comercial que las articula.

De todo lo dicho anteriormente, resulta fácil concluir la ausencia de los elementos estructurantes de la Unidad de Empresa entre las empresas demandadas. No habiendo puntos adicionales por resolver en el recurso de apelación se confirmará la sentencia en su integridad.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los demandantes. 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

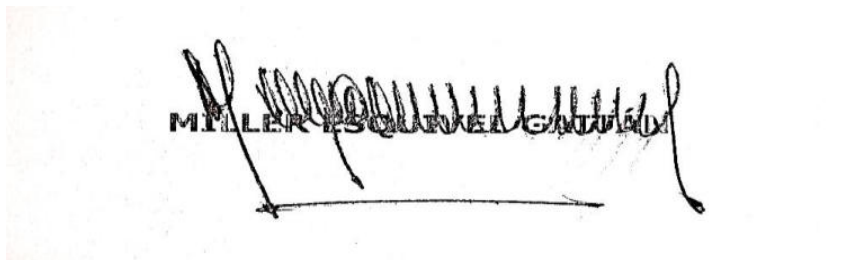
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GÓMEZ

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 DORIS ESPERANZA ARANGUREN PÉREZ CONTRA EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00319 01 Juz 02.

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

DORIS ESPERANZA ARANGUREN PÉREZ demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A., AFP COLFONDOS y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 1 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.
- Pensión de vejez.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 7. Nació el 16 de marzo de 1967. Se afilió al ISS el 12 de noviembre de 1987. Al 1 de abril de 1994 contaba con 395.14 semanas cotizadas. Es beneficiaria del régimen de transición por lo que contaba con una expectativa pensional. Al momento de la asesoría por parte de la AFP Colfondos 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. La asesoría se basó en la liquidación del ISS lo que tenía como consecuencia que la pensión corría riesgo. De igual en expectativas como una pensión anticipada y con una mesada superior. Se traslado a la AFP Colfondos en el mes de mayo de 1994. No le fue informado el plazo para ejercer el retracto. Se traslado el 30 de junio de 2000 a la AFP Colmena ING hoy AFP Protección. En este traslado tampoco recibió información veraz sobre la eventual mesada pensional y la negociación del bono. El ingreso base de cotización de los últimos 10 años es superior a \$4.000.000. En el mes de julio de 2017 la AFP Protección le informó que su mesada sería cercana a \$800.000. Al advertir esta diferencia solicitó ante Protección y Colfondos la nulidad del traslado. Solicitó ante las administradoras de pensiones copia de la historia laboral.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo 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. 189 a 200.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado a la AFP Santander, la solicitud de traslado elevada a Protección y su respuesta negativa, la solicitud elevada a Colfondos y a Colpensiones. Los descuentos realizados por administración.
- Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP COLFONDOS S.A, contestó como consta a fls. 222 a 246.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la petición elevada a Colfondos.

- Formuló como excepciones de fondo; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó como consta a fls. 255 a 265.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas en el RPM, la petición elevada a Protección, el requerimiento realizado por la Superfinanciera para dar respuesta y los descuentos realizados por administración.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al RAIS 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. Pensiones y Cesantías. 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. Absolvió a Colpensiones de las pretensiones de reconocimiento pensional. Condeno en costas a la demandante y en favor de Colpensiones, y a cargo de Colfondos y a favor de la demandante. 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. En relación con el reconocimiento pensional advirtió que a pesar de contar con más de 1.600 semanas cotizadas, lo cierto es que no se encuentran acreditados el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación como quiera que la edad de 57 años la alcanzara tan solo hasta el 16 de marzo de 2024.

Recurso de apelación

La parte demandante solicita se deje sin efecto la condena de costas a cargo de esta parte y a favor de Colpensiones, como quiera que la pretensión de reconocimiento pensional fue de buena fe y en virtud de la expectativa legítima respecto del cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

La demandada **Protección S.A.** inconforme con la condena por devolución gastos, aduce que esta administradora realiza una función de administrar los recursos de los afiliados que conlleva un despliegue para proteger ese capital, para que el afiliado al momento de pensionarse encuentre sus aportes aumentados con unos rendimientos fruto de la gestión que despliega la entidad. Al tratarse la demandante de una persona capaz y tratarse de un contrato de beneficio recíproco, se tiene que la actora falta a su deber de diligencia y cuidado. En relación con la nulidad de un contrato se debe aplicar las restituciones recíprocas, esto es devolver los gastos de administración pero no los rendimientos.

La demandada **Colpensiones** inconforme con la declaración de nulidad solicita se tenga en cuenta la prohibición legal, pues cuando la demandante solicitó la nulidad de la afiliación contaba con 50 años de edad y no era beneficiaria del régimen de transición. La demandante no acreditó los vicios del consentimiento, además con los traslados horizontales se advierte que tuvo más de una asesoría y su traslado fue de manera libre y voluntaria. Cita la sentencia de la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá MP Manuel Serrano Baquero de fecha 25 de octubre de 2017, en la que se señaló que los vicios del consentimiento no se aportaron las pruebas suficientes por la parte demandante de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En el formulario de la AFP Santander, la actora ocupaba el cargo de subgerente de operaciones del Banco Santander, supuesto fáctico que difiere a los casos que han sido estudiados por la SL-CSJ. En relación con la carga de la prueba solicita se de aplicación al artículo 167 del C.G.P. y no al artículo 1604 del C.C. Sobre el deber de información y la descapitalización del sistema reitera la sentencia de Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá MP Lorenzo Torres Russi de fecha 13 agosto de 2020, en la cual se estudió un caso similar, se revocaron las condenas impuestas a cargo de Colpensiones como quiera que no intervino en el acto en el cual se trasladó de régimen la demandante. Las normas de seguridad son suficientes para juzgar la

ineficacia de la afiliación conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Se debe juzgar oportunamente el acto de la afiliación como quiera que los aportes contribuyen al pago de las pensiones ya causadas y así la estabilidad financiera del sistema. Subsidiariamente solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de las AFP. Solicita no se le condene en costas.

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

Parte demandante: solicita se confirme el fallo. Manifiesta que el traslado de la actora se realizó sin el lleno de los requisitos mínimos, así como en ausencia total del deber de información, sin entregarle proyección pensional, prometiéndole más beneficios en sus fondos, mayor rentabilidad, pensión heredable, sin informarle sobre las consecuencias negativas del traslado, las modalidades de pensión que se manejaban en el RAIS, los requisitos para pensionarse, y demás información falsa e incompleta, que impidió a la demandante tomar una decisión informada, generándose la invalidación de la afiliación.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** considera que no medió por parte de la demandante alguna solicitud de información que hiciera sobre su futuro pensional durante su vida laboral, ya que no obra alguna prueba sumaria dentro del acervo probatorio, sustrayéndose así de sus deberes como afiliada al sistema general de pensiones y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS, máxime cuando posteriormente se afilió a la AFP Protección S.A. Indica que, en caso de confirmarse la decisión, el cumplimiento de la orden a cargo de Colpensiones se debe sujetar a dos condiciones; como lo es que la AFP normalice la afiliación en el SIAFP y la indexación de los valores de la cuenta de ahorro individual por el periodo en que el actor permaneció afiliado al fondo privado.
- **AFP PROTECCIÓN:** guardó silencio 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 y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 10 de agosto de 2017 (fl 61 y 62), 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 19 de abril de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos, según formulario que reposa a folio 249. Posteriormente se traslado a la AFP Santander (hoy AFP Protección) conforme el formulario de folio 266.

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 19 de abril de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena (fl. 249), con la cual cumpliría los requisitos que

consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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 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 Villegas² 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”

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 retiro, 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. 31.989³, 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”

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, 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 29 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 permanencia en el RAIS no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen, así como tampoco el cargo que ostentaba la actora al momento del traslado entre administradoras del RAIS.

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que Colfondos le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, 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.

De otra parte, no es dable acoger el argumento de COLPENSIONES según el cual la actora no puede retornar al RPM por estar inmersa 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, 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 Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto

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

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 demandante es o no beneficiaria 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"*.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración y rendimientos, es de advertir que como el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional 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 en sentencias SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁵, en la que se dijo:

"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:

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).

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."

[...]

"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."

Por lo anterior, concluye La Sala que ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, por lo que las AFP deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, 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 (SL2877-2020⁶).

De acuerdo a lo planteado por Colpensiones acerca de la errónea interpretación y aplicación del artículo 1604 del Código Civil para tratar el tema de los contratos de afiliación y que la inversión de la carga probatoria no debe estar en cabeza exclusiva de la administradora de pensiones, La Sala no comparte dicha afirmación, toda vez que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-2817 de 2019 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 en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la

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.

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”.

En el mismo sentido en la sentencia CSJ SL 1688-2019 la Corte se pronunció, así;

"en torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil, establece que la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de lo que se sigue es que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.

En relación con la petición de Colpensiones de adicionar la decisión, en el sentido que el cumplimiento de la condena en su contra se condicione hasta tanto la AFP efectúe la devolución de los gastos de administración y demás valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, La Sala precisa que no resulta viable, toda vez que los trámites y gestiones administrativas entre fondos de pensiones no pueden poner en suspenso el derecho pensional del afiliado. Conforme a lo anterior no se acoge dicha súplica.

Ahora bien, respecto a la súplica de la parte demandante y de Colpensiones de no condenársele en costas, debe precisarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, dispone:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: I.) 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”.

Por lo anterior se confirma la condena en costas en primera instancia a cargo de a demandante al no haber prosperado sus pretensiones relacionados con la pensión de vejez. En lo atinente a Colpensiones se tiene que no se impusieron costas a su cargo en primera instancia, en lo que tiene que ver con las costas causadas en esta instancia procede su condena a cargo de las recurrentes.

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 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 Segundo 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 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.

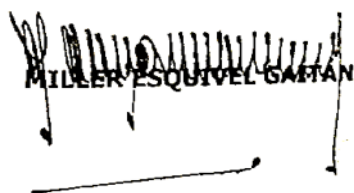
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 WILSON ROBERTO GONZÁLES SUAREZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2018 00393 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

WILSON ROBERTO GONZÁLES SUAREZ demandó a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 5.

- 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 6 a 7. Nació el 28 de agosto de 1961. Se afilio al ISS desde el 1 de agosto de 1978. Se traslado a HORIZONTE S.A., hoy la AFP PORVENIR, el 15 de mayo de 1996. Contaba con mas de 766 semanas cotizadas en el RPM. 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 1 de marzo del 2000 se afilio a la AFP Colfondos S.A. A los 52 años de edad contaba con mas de 1300 semanas cotizadas. El 1 de enero de 2015 se trasladó a la AFP Protección S.A. Radico reclamación administrativa el 29 de diciembre de 2017 ante Colpensiones, mediante la cual solicito la declaratoria de la nulidad del traslado y la reactivación de su afiliación en el RPM.

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. 85 a 110.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS, la edad actual del demandante, la reclamación administrativa y la demanda instaurada en su contra.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó como consta a fls. 161 a 182.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad actual del actor y la afiliación a Protección S.A.
- Formulo como excepciones de fondo; 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.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., contestó como consta a fls. 135 a 151.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la edad actual del actor, el derecho de petición radicado ante Porvenir S.A. y la respuesta al derecho de petición por parte de Colpensiones.
- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 256 a 263.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, el traslado efectuado a Horizonte S.A. y la edad actual del actor.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y 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 de fecha 1 de julio de 1995. 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. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP 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: manifiesta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y tampoco tenía una expectativa legítima pensional. Indica que el formulario de afiliación suscrito goza de plena validez, toda vez que el demandante no demostró el vicio de consentimiento alegado. La decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

PROTECCIÓN S.A.: manifiesta su inconformidad con la condena de la devolución del valor por conceptos de gastos de administración y primas de seguro previsional. Refiere que esta condena va en contravía de la ley, pues dichas deducciones por comisión fueron autorizadas por la ley, ya que son parte de la contraprestación recibida por la AFP debido a la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor. La orden de traslado de dichas sumas genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

Parte demandante: Manifiesta que es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional, como quiera que las demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Parte demandada

- **COLFONDOS:** no se pronunció en esta etapa.
- **PROTECCIÓN S.A.:** solicita se revoque parcialmente la sentencia, en lo que tiene que ver con la condena del traslado de los gastos de administración a Colpensiones. La orden de devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la AFP tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para su devolución
- **AFP PORVENIR:** no se pronunció en esta etapa.
- **COLPENSIONES:** solicita se revoque el fallo de primera instancia, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con las AFP demandadas, inicialmente con Horizonte hoy Porvenir SA, en el año 1996. El actor se trasladó entre AFP estando también vinculado con Colfondos y Protección S.A., con lo que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Además no se debe dejar de lado que el demandante recibió asesoría por parte de los promotores de la AFP PORVENIR, y que para la fecha del traslado año 1996, la obligación del fondo solo era la de brindar información, por lo que resulta desmedido exigir al Fondo privado que hubiere realizado una proyección pensional o imponer el deber de asesoría y buen consejo, pues no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Finalmente, de encontrarse probada la ineficacia del traslado, solicita se

garantice la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de la futura pensión.

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 al procedencia de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada a la petición radicada el 29 de diciembre de 2017 (fl 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 de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 15 de mayo de 1996, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte (hoy AFP Porvenir), según formulario que reposa a folio 380. Luego se trasladó a la AFP Colfondos el 14 de enero de 2000 según el formulario de folio 154, y finalmente se vinculó con la AFP Protección desde el 28 de noviembre de 2014 conforme el formulario de folio 293, en el cual se encuentra actualmente.

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 15 de mayo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte (hoy AFP Porvenir) (fl. 380), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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 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 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

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.

Quando 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)

septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² 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 retiro, 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. 31.989³, 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.

Nada de lo anterior demostró la AFP Horizonte (hoy AFP Porvenir), entidad que asumió la afiliación que hizo la 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 25 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 permanencia en el RAIS no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen.

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, las que imposibilitaron al 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 Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado,

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.

(...)

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

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 demandante es o no beneficiaria 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”*.

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que Colmena le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, 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 cuanto a la devolución de los gastos de administración y rendimientos, es de advertir que como el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional 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. 2008⁵), concluye La Sala que ante la declaratoria de ineficacia del acto de

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).

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

traslado, la decisión de la juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, por lo que las AFP deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, 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 (SL2877-2020⁶).

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 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.

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.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio 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.

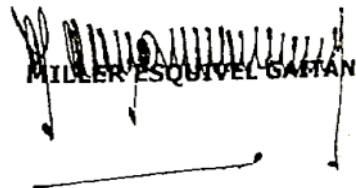
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 TERESITA DE JESÚS ROLDAN DE ARDILA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2018 00568 01. Juz. 27.

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

TERESITA DE JESÚS ROLDAN DE ARDILA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Reliquidación a partir del 3 de octubre de 2002.
- Retroactivo pensional.
- Indexación de las sumas reconocidas.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 4 a 6. El ISS empleador le reconoció la pensión convencional mediante la resolución No. 00163 del 8 de febrero de 2000 a partir del 31 de diciembre de 1999 en cuantía inicial de \$707.815 con una tasa de reemplazo del 75%. Mediante resolución No. 025494 del 31 de octubre de 2003 le fue reconocida por el ISS la pensión de vejez bajo la normativa del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$821.665 a partir del 3 de octubre de 2002. Esta decisión fue confirmada a través de las resoluciones No. 0000583 del 18 enero de 2005 y No. SUB 222681 del 22 de agosto de 2018, al resolver los recursos de reposición y apelación correspondientes. La prestación fue liquidada con 633 semanas cotizadas, sin tener en cuenta que al sumar los tiempos cotizados simultáneamente cuenta con

1.398 semanas de cotización, lo que le da derecho a que se realice la liquidación nuevamente del IBL y se tome como tasa de reemplazo el 90%. Finalmente dijo que agoto la reclamación administrativa sin que la administradora a la presentación de la demanda haya dado respuesta.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en fls. 75 a 82 de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el contenido de los hechos, con excepción de los que hacen referencia a los tiempos públicos y la omisión de incluir los tiempos cotizados de manera simultánea.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que **absolvió** a Colpensiones de todas las pretensiones al encontrar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Para llegar a esa determinación la juez considero que no es computar doble vez los tiempos cotizados de manera simultánea, pues solo se cuentan de esta manera las cotizaciones para efectos de determinar el IBL. Señaló que bajo el Acuerdo 049 de 1990 no es posible sumar los tiempos públicos y privados, como quiera que esta normativa fue prevista para el Seguro Social y por ende solo se tienen en cuenta los tiempos allí efectivamente cotizados, por lo que no es viable el cálculo en los términos pretendidos por la demandante.

Apelaciones

La parte **demandante** apela la decisión al considerar que conforme la sentencia SU 769 de 2014 de la Corte Constitucional y sentencia SL 2442 de 2018 de la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en aplicación del principio de favorabilidad se permite la sumatoria de tiempos públicos y privados para acceder a la reliquidación de la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990.

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

Parte demandante: considera que la señora Teresita de Jesús Roldan de Ardila tiene derecho a que Colpensiones reliquide y pague la Pensión de Vejez a partir del 03 de octubre de 2002 teniendo las cotizaciones simultáneas realizadas en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, debidamente actualizados de acuerdo a lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adicional, requiere se condene a Colpensiones a reliquidar y pagar la pensión de vejez con una tasa de reemplazo equivalente del 90% del ingreso base de liquidación, de conformidad con el Literal B) del numeral II del artículo 20 del decreto 758 de 1990.

Parte demandada: manifiesta que teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se evidencia que la demandante tiene un IBL correspondiente dentro de los 10 últimos años por un valor de \$2.804.381, y bajo el principio constitucional de favorabilidad, debe ser aplicable esta liquidación. A la luz del marco normativo, es claro que, al fijar la tasa de reemplazo, a la actora se le debe aplicar el rango del 48% ya que suma 582 semanas cotizadas a Colpensiones. No se puede considerar los aportes simultáneos para aumentar el IBL de la prestación económica.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de la petición de fecha 3 de julio de 2018 (fl. 12) y 22 de agosto de 2018 (fls. 13 y 14) donde solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado de la Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la demandante por cuanto el ISS patrono mediante resolución 163 del 8 de febrero de 2000 le reconoció pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 1999 en cuantía de \$707.815. posteriormente mediante resolución 25494 de 31 de octubre de 2003 le fue reconocida pensión de vejez de carácter compartida bajo el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 3 de octubre de 2002 en cuantía inicial de \$821.665, reconocimiento que fue modificado en resolución 583 del 18 de enero de 2005 y estableció la pensión de vejez de carácter compartida a partir del 3 de octubre de 2002 en cuantía inicial de \$821.665 bajo el Acuerdo 049 de 1990, en la que se modificó la proporcionalidad de la prestación.

Liquidación de la pensión

La sentencia SL 2442 de 2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia citada por el apelante como fundamento de su objeción señaló lo siguiente:

"A efecto de resolver la impugnación, es preciso señalar que está fuera de discusión que la actora era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de que a 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia la Ley de Seguridad Social en el sector territorial, contaba con más de 35 años de edad, toda vez que nació el 6 de julio de 1953; así mismo, queda incólume el hecho de que aportó al ISS bajo distintas relaciones laborales ya en el sector público ora en el privado.

Como se recuerda, en sede de casación se estableció que, contrario a lo afirmado por el sentenciador de segundo grado, aunque para el 1º de julio de 1995 la demandante laboraba en el sector público, ello no significaba que la pretensión incoada se pudiera analizar exclusivamente bajo la óptica de la Ley 33 de 1985, en tanto la trabajadora había efectuado cotizaciones al ISS que la podían habilitar para lograr la pensión de que trata el Acuerdo 049 de 1990; vale decir, que se evidenció la posibilidad de que a favor de la demandante concurrieran diversos regímenes anteriores, posición que la Sala ha sostenido viable en aplicación del principio de favorabilidad que la demandante invocó a su favor.

(...)

De tal suerte que a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, ya que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, cotizó más de 500 semanas, lo anterior con independencia de si los aportes correspondieron a labores en el sector privado o en el público y sin contabilizar

semana alguna entre el 1 de julio de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, como se evidencia a folio 63 del plenario.”

Al respecto debe tenerse en cuenta que en esa oportunidad al igual que en la sentencia SL-1981 de 2020 la Corte Suprema de Justicia analizó casos en que los accionantes solicitaban el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo previsto en el Decreto 758/1990, para lo cual narraban que habían cumplido el requisito de la edad, que eran beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que había laborado tiempos públicos y tiempos privados sin obtener el reconocimiento pensional, es decir, que en esos procesos se pretendía el reconocimiento de la prestación, lo que es acorde con lo indicado en la sentencia SU-769 de 2014.

Conforme a lo anterior, la sentencia que cita la parte demandante no es una situación similar a la analizada en este proceso, pues en este caso no se trata de una persona que pretende consolidar el derecho a una pensión con semanas cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, sino la reliquidación de una pensión que ya le fue reconocida por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Es de tener en cuenta que en las citadas sentencias, así como en la sentencia SU-769 de 2014 y en la sentencia SU 057 de 2018, la posición ha sido la de dar la posibilidad a los afiliados de acumular tiempos de servicios del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, con los tiempos efectivamente cotizados al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, pues dicho régimen pensional no exige en su articulado que las cotizaciones deban ser efectuadas en forma exclusiva al Seguro Social, y por ello procede esta acumulación para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 siempre y cuando no exista otro régimen pensional anterior que le permita al afiliado concretar su derecho a la pensión de vejez, y que con dicha acumulación no se pretenda el reajuste o la reliquidación de la pensión de vejez.

Las citadas sentencias pretenden maximizar la oportunidad de las personas que no cumplían los requisitos exigidos en alguno de los regímenes anteriores a los que se encontraban afiliados y que por ello perdían los beneficios de la transición y

quedaban acogidos íntegramente a la ley vigente. Es decir, que su finalidad es proteger el goce efectivo del derecho a la seguridad social de quienes no lograban acceder a la pensión de vejez bajo ningún régimen pensional anterior, siendo la única alternativa para adquirir el derecho el sumar los tiempos cotizados tanto al ISS hoy Colpensiones, como a cajas o fondos de previsión social, para lograr acreditar los requisitos mínimos del Acuerdo 049/90.

Así las cosas, no procede la aplicación de la citada sentencia SL 2442 de 2018 citada en la apelación para reconocer la reliquidación de una pensión que le fue otorgada a la actora por cumplir los requisitos del Acuerdo 049/90, sino que se debe tener en cuenta solo para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

Además, lo solicitado desconoce que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes con características propias, entre otros, Ley 71/88 que le permitía a la actora la acumulación de tiempos públicos y tiempos cotizados al ISS por lo que lo procedente era la aplicación de la norma que más favorecía a la demandante, entre la Ley 71/88 y el Decreto 758/90, ya que cumplía requisitos para obtener la prestación por cualquiera de los dos regímenes, sin embargo la administradora realizó el análisis de la prestación únicamente bajo el Decreto 758/90 y el aplico una tasa de reemplazo del 48%, sin que se hubiera hecho mención alguna al cumplimiento de los requisitos bajo la Ley 71/88, a pesar que en contraposición podría obtener una tasa del 75% que le sería más favorable.

Conforme a lo expresado, no es procedente la acumulación de tiempos públicos y privados ya que la demandante NO se encontraba en la situación analizada en ninguna de las sentencias mencionadas, pues a ella se le reconoció la prestación conforme al Acuerdo 049/90 contabilizando 538 semanas cotizadas al ISS con tasa de reemplazo del 48% desde el 3 de octubre de 2002, como se desprende de la resolución 25494 de 31 de octubre de 2003 y resolución 583 del 18 de enero de 2005, cuando es claro que podía haber adquirido la pensión acogéndose a la Ley 71/88 que le permitía acumular los tiempos públicos y privados.

Lo deprecado entonces, es la aplicación parcial de una norma para el reconocimiento pensional y de otra para la liquidación de la mesada pensional, lo cual no es procedente dada la inescindibilidad de la norma bajo la cual ha de regirse el asunto en concreto, por lo que en su caso, deben ser aplicadas las normas del régimen de

transición y el Decreto 758 de 1990 en su integridad y no parcialmente, como lo pretende para obtener una reliquidación de la pensión.

Ahora, en lo que hace referencia al cómputo de los tiempos en los cuales hubo cotización simultánea, precisa La Sala que no es dable contabilizar estas cotizaciones por el mismo periodo de forma independiente, como quiera que estos aportes se tienen en cuenta únicamente para determinar el ingreso base de liquidación y no para aumentar el total del tiempo cotizado como lo pretende la actora. Así lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia CSJ SL704-2018 que fue reiterada en la CSJ SL982-2019 y CSJ SL4341-2020, al indicar:

"Pues bien, de la lectura del panorama se verifica que el Tribunal erró al concluir que el total de cotizaciones válidas para acceder a la pensión especial de vejez como periodista ascendía a 1.303,71, por cuanto omitió que los ciclos efectuados a «EEPP SERVI PÚBLICO» entre el «24 de enero de 1979 y el 28 de marzo de 1980» equivalentes a «61.43 semanas», así como algunos días de marzo de 1975 y agosto de 1976 correspondían a semanas aportadas de manera simultánea con otros empleadores, como se colige de la certificación de «semanas cotizadas en pensiones» visible a folio 134 del expediente.

De suerte que no es dable sumarlos, habida cuenta que el Instituto de Seguros Sociales subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, los aportes realizados en forma simultánea por varios empleadores, se tienen en cuenta únicamente «Para determinar el ingreso base de liquidación de que trata el inciso cuarto del artículo 11 del Decreto-ley 1281 de 1994» conforme lo dispone el artículo 2.º del Decreto 1548 de 1998, y no para aumentar el tiempo de cotización."

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

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo de la demandante. Se fija 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

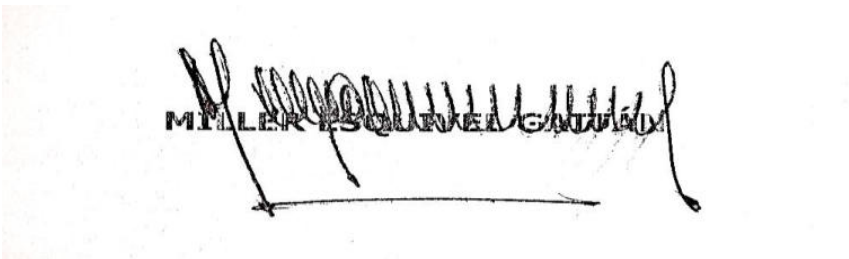
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ JONATHAN RODRÍGUEZ NIETO CONTRA COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL NANICA S.A.S. Y SOLIDARIAMENTE A JORGE IVÁN GIRALDO GARCÍA Y PAOLA ANDREA GIRALDO GARCÍA. Rad. 2018 00194 02 Juz. 02.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo 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 JONATHAN RODRÍGUEZ NIETO demandó a la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL NANICA S.A.S. y a sus socios JORGE IVAN GIRALDO GARCÍA y PAOLA ANDREA GIRALDO GARCÍA como demandados solidarios para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en los folios 1 a 5.

- Contrato de trabajo desde el 8 de septiembre de 2011 hasta el 12 de septiembre de 2014.
- Solidaridad con Jorge Iván Giraldo García y Paola Andrea Giraldo García.
- Incrementos salariales.
- Reliquidación de vacaciones.
- Reliquidación de prestaciones sociales.
- Trabajo suplementario.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 7. Laboró para la demandada desde el 8 de septiembre de 2011 y el 12 de septiembre de 2014, el cargo fue de auxiliar de bodega y luego asesor comercial, hasta el 01 de septiembre de 2013 se le canceló como salario la suma de \$600.000 más dominicales, festivos y horas extras. A partir de esa fecha el salario se ajustó en diferentes momentos y se le empezó a pagar comisiones por recaudo y ventas, también se reconoció un auxilio extralegal de movilización variable. Durante toda la vinculación laboró horas extras, precisó que por cada quincena trabajó determinado número de horas. Al momento

de la terminación del contrato de trabajo se le descontó de forma ilegal un muestrario de productos. Presentó renuncia y pese a que la liquidación de prestaciones fue por él suscrita está aún no se la pagado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la empresa demandada COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL NANICA S.A.S. contestó en los términos del escrito visible a folios 131 a 137.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación laboral, los extremos, cargo y salario.
- Propuso como excepciones de mérito pago y prescripción.

El demandado JORGE IVÁN GIRALDO GARCÍA contestó la demanda a folios 164 a 167, así:

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Propuso como excepción de mérito prescripción.

La demandada PAOLA ANDREA GIRALDO GARCÍA contestó la demanda en los términos de los folios 168 a 171.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Propuso como excepción de mérito prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso no declarar la solidaridad con las personas naturales demandadas, reliquidó las diferencias de las prestaciones sociales, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Llegó a esa determinación al evidenciar que el demandante no cumplió con su deber probatorio en lo que respecta a la carga de la prueba del trabajo suplementario. Reliquidó las prestaciones al advertir que los pagos por concepto de bonificación y auxilio de movilización fueron conceptos cancelados de forma habitual e ingresaron al patrimonio del actor mensualmente, por lo que en aplicación del principio de la primacía de la realidad, calidad y cantidad de trabajo, tomó cada uno de los pagos acreditados en las respectivas nóminas y procedió a la reliquidación de las prestaciones sociales que no estaban prescritas, fenómeno que declaró probado a partir del 03 de abril de 2014 ya que la reclamación de las prestaciones se efectuó el 03 de abril de 2017 y el contrato finiquitó el 12 de septiembre de 2014. Las vacaciones las encontró probadas por eso absolvió de su pago. También absolvió de la indemnización moratoria del art. 65 del CST porque en el proceso se allegó prueba y liquidación del pago de las acreencias, con lo que

se demostró la buena fe del empleador de pagar los valores que creyó deber al momento de la terminación del contrato de trabajo. Finalmente en cuanto a la condena solidaria dijo que no se daban los presupuestos establecidos por el CST y la jurisprudencia de la CSJ para su declaratoria.

Recurso de Apelación

El **demandante** está inconforme con la decisión del A quo pues en su sentir el fenómeno de la prescripción no está llamado a prosperar en la medida en que sus reclamos los elevó en término. De otra parte considera que la conducta de la demandada si ha sido de mala fe y prueba de ello es la evasión a través de diferentes medios de sus obligaciones como empleador tal como ocurre con los pagos efectuados a través de los auxilios de movilidad y bonificaciones.

La demandada considera que en el proceso se debió declarar la prescripción total de los derechos reclamados los cuales además no fueron debidamente individualizados al momento de elevar la respectiva reclamación.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: No hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y la COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL NANICA S.A.S., existió un contrato de trabajo suscrito desde el 8 de septiembre de 2011 hasta el 12 de septiembre de 2014, el salario y que los cargos desempeñados fueron los de auxiliar de bodega, jefe de bodega encargado y asesor comercial. Tampoco se discute la decisión de la juez de declarar como factor salarial las bonificaciones y el auxilio de movilidad ni la cuantía definida para cada concepto reliquidado. En ese orden y conforme lo señalado en el art. 66 A del CPTSS procede La Sala a determinar si en el presente asunto las acreencias reclamadas están afectadas por la excepción de prescripción y si hay lugar a imponer condena a título de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria por no pago oportuno de la liquidación de prestaciones

Frente a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, tal y como lo ha reiterado la Jurisprudencia, no es de aplicación inmediata sino que para su imposición se debe tener en cuenta la buena fe con la que actuó la

demandada¹. Al respecto se aportó al proceso copia de la liquidación de prestaciones sociales (fls 21 y 141) la cual cuenta con la firma del actor y en la que se hace constar que “... *el patrono ha incorporado en la presente liquidación los importes correspondientes a salarios, horas extras, descansos compensatorios, cesantías, vacaciones, prima de servicios, auxilio de transporte y en sí, todo concepto relacionado con salarios, prestaciones o indemnizaciones causadas al quedar extinguido el contrato de trabajo.* 2. *Que con el pago del dinero anotado en la presente liquidación, queda transada cualquier diferencia relativa al contrato de trabajo extinguido, o a cualquier diferencia anterior. Por lo tanto, esta transacción tiene como efecto la terminación de las obligaciones provenientes de la relación laboral que existió entre C.I. NANICA SAS y el trabajador, quienes declaran estar a Paz y Salvo por todo concepto.” (subrayado fuera de texto). En el libelo introductor frente a esta situación, se expone en el hecho 15 que “*A la fecha de presentación de esta demanda pese a que se encuentra suscrita por el trabajador la liquidación de prestaciones laboradas a la terminación del contrato, la parte demandada no ha cancelado dicho rubro.*” Del dicho de los testigos se advierte que todos coinciden en afirmar que la empresa cuando termina un contrato de trabajo hace la liquidación y paga las prestaciones por regla general a los ocho días y que el actor canceló su cuenta bancaria para que no se consignaran esos dineros, razón por la cual estuvo asistiendo un par de veces de forma personal a la oficina para reclamar ese pago. El actor en su interrogatorio de parte manifestó que presentó inconvenientes con un préstamo que adelantó en la compañía el que interfirió en el pago de sus acreencias, que cuando se liquidó sus prestaciones le fue puesto de presente tal documento y lo firmó, revisó la cuantía pero que aún se le adeudan esos dineros y que en efecto canceló su cuenta bancaria para que ellos no le fueran consignados. Y la demandada en su interrogatorio manifestó frente a este pago que la única constancia de haberlo efectuado es la liquidación firmada por el actor.*

De lo anterior es de precisar que si bien existe certeza de que la empleadora no pago las prestaciones sociales el día en que se terminó el contrato de trabajo (12 de septiembre de 2014), y que el demandante tampoco facilitó el proceso de pago con la decisión de cancelar la cuenta bancaria donde se le depositaba sus acreencias, para resolver el caso La Sala se apoya en el análisis integral de la declaración de parte rendida por el actor, pues al observar su conducta y espontaneidad, se resalta que al momento en que se le puso de presente el pago y consignación de las diferentes prestaciones que se generaron a lo largo del vínculo laboral el demandante las revisó, analizó y en distintas oportunidades manifestó que: **“sí yo lo tengo aquí firmado fue porque en algún momento lo recibí”** manifestación que conforme el art. 61 del CPTSS se aplica para zanjar lo relacionado con la

¹ Sentencia con Radicado 26.757 del 1º de marzo de 2006 M.P. Eduardo López Villegas.

“En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó “Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral”, realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como “salarios caídos”, no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria”.

controversia apelada, porque es el mismo demandante quien afirma que lo que firma es lo que recibe, por lo que dada la aproximación de la declaración en cuanto a la aceptación de pagos que recibió el actor, La Sala concluye que la liquidación del contrato de trabajo donde se calcularon las prestaciones sociales vistas a folio 21 firmada por el demandante, documento que no fue desconocido ni tachado de falso ya fue pagado a RODRÍGUEZ NIETO.

Prescripción

Al respecto los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS establecen que los derechos laborales prescriben en el término de tres años y que este fenómeno se puede interrumpir por una sola vez con el simple reclamo de un derecho o prestación debidamente determinado. En el proceso no existe reparo respecto de la fecha de finalización del contrato (12 de septiembre de 2014) por lo que el demandante tenía hasta el 12 de septiembre de 2017 para reclamar sus derechos o interrumpir la prescripción, lo que hizo el 03 de abril de ese año conforme la documental vista a folios 104 y 105, donde la demandada da respuesta a un derecho de petición elevado por RODRÍGUEZ NIETO y en el que informa que la liquidación de las prestaciones ya las había pagado, remitió las nóminas, copia del contrato de trabajo, consignación de cesantías y aclaró lo relacionado por un descuento efectuado para el pago de un préstamo. Conforme lo anterior como el actor interrumpió el término prescriptivo y radicó la demanda el día 06 de abril de 2018 (acta de reparto folio 112) La Sala advierte que la contabilidad del término de esta excepción esta ajustado a derecho en la medida en que las prestaciones causadas con anterioridad al 03 de abril de 2014 están afectadas por este fenómeno.

De otra parte resalta la demandada que el actor en su reclamo no individualizó cuales prestaciones pretendía que se pagaran y que como no señaló de forma concreta cual era el derecho pretendido entonces se tiene que declarar la prescripción total de todos los derechos. Al respecto se ha de indicar que en efecto en el proceso no se aportó la reclamación de los derechos a fin de cotejar cuales fueron reclamados o no y, solamente se tiene la respuesta de la demandada en la que indica que ya pago sus prestaciones donde tampoco individualiza cuales, no obstante lo anterior se debe entender con el término prestación todos los derechos derivados de la relación laboral y bajo ese entendido se entiende que son las mismas reclamadas en la demanda, además de que este argumento no resulta de tal relevancia para declarar prescritos los derechos que ordenó la juez.

Bajo estas consideraciones se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en el recurso alzada.

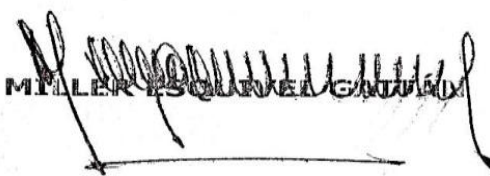
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

(SALVA VOTO)

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 MIGUEL CAMILO RUIZ BLANCO contra
PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES. Rad. 2019 00086 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de 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

MIGUEL CAMILO RUIZ BLANCO demandó a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 70 y 71.

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de los aportes.
- Pensión de vejez al cumplimiento de los requisitos.
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos se describen a fls 67 a 69 de la demanda. Nació el 28 de julio de 1959, inició sus aportes al ISS hoy COLPENSIONES el 11 de mayo de 1979 donde permaneció hasta el 31 de mayo de 2002 y cotizó un total de 768 semanas. El 1 de junio de 1992, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., momento en el que se omitió brindar información adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, no se le dijo sobre la oportunidad de retornar al RPM, ni los requisitos para el reconocimiento prestacional pues solo se le comentó que podría obtener la pensión de vejez a cualquier edad. Al efectuar la proyección pensional determinó que su mesada pensional en el RAIS sería equivalente a \$7.454.326 a los 62 años de edad, mientras que en Colpensiones su pensión ascendería a la suma de \$10.527.849 a la misma edad. Solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional el cual fue negado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado en debida forma, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito que milita a folios 90 a 124.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, semanas cotizadas en el PRM y la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, 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 de orden público y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visible a folios 149 a 175.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y la edad del actor.
- Formuló 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 nulidad del traslado efectuado por MIGUEL CAMILO RUIZ BLANCO al régimen del ahorro individual con solidaridad acaecido el 15 de abril de 2002. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración y a Colpensiones le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral. Llegó a esa determinación al constatar que la AFP PORVENIR no cumplió con su carga probatoria pues no acreditó el cumplimiento al deber de información que le asistía el cual siempre ha existido para que la decisión de cambio de régimen hubiese sido libre y voluntaria. Señaló que la suscripción del formulario no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento informado, como quiera que estos solo son formatos preimpresos que no demuestran el deber de asesoría y buen consejo. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como quiera que la nulidad del traslado persigue un derecho pensional el cual es imprescriptible conforme lo expresado por la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES señaló que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria, aunado a que se probó que la AFP cumplió con el deber de información que le asistía, pues en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que conocía de las características propias del RAIS tan es así que continuó con la cotización en tal régimen. Indicó que RUIZ BLANCO se encuentra inmerso en la prohibición prevista en el art. 2 de la Ley 797/03 y resaltó que para la solicitud de retorno al RPM ya había sobrepasado el límite de los 10 años previstos en la Ley, por lo que no se podía acceder al traslado. Adujó que la decisión generaría una descapitalización del fondo común administrador por Colpensiones y solicitó se analice el fenómeno de la prescripción con el fin de salvaguardar los recursos públicos los cuales son de naturaleza parafiscal.

La **AFP PORVENIR**, manifestó que el demandante al momento del traslado recibió una asesoría completa y suficiente según la normatividad vigente para ese momento, razón por la cual el cambio de régimen pensional fue libre y voluntario. Indicó que el actor en el interrogatorio de parte expresó que conocía el funcionamiento del RAIS, aunado a que efectuó aportes voluntarios siendo estos una característica propia del régimen de ahorro individual. Respecto a la devolución de gastos de administración, dijo que no es procedente la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, toda vez que el demandante conocía de la destinación de estas deducciones las cuales están consagradas en la Ley 100/93, además de que se estaría desconociendo la gestión de la administradora. Ataco la condena en costas, como quiera que estas no deben imponerse dado que el actuar de la administradora estuvo revestido de buena fe.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: COLPENSIONES; adujo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslada consagrada en el art. 2 de la Ley 797/03 lo que hace improcedente el retorno al RPM, aunado a que el traslado efectuado se hizo de forma libre y voluntaria y no adoleció de ningún vicio del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado. Pide se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto no reciba los dineros e información por parte de la AFP.

AFP PORVENIR; manifestó que no es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional pues la decisión de cambio del demandante fue libre, voluntaria y consciente, aunado al hecho de que la AFP cumplió con todas las obligaciones que le corresponden como quiera que se probó que el actor contó con la información necesaria

para trasladarse. Indicó que no es dable la devolución de los gastos de administración dado que estas sumas tienen una destinación específica por mandato legal y fueron invertidas por lo que ya no se encuentran en las arcas de la administradora.

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 ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 23 a 35 de fecha 04 de octubre de 2018, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., al cual se trasladó desde el 15 de abril de 2002 según consulta del SIAFP (fl. 178) fecha que coincide con el formulario de afiliación que milita a folio 180. 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 tomó tal decisión no se 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 demandante el 15 de abril de 2002 (fl.180), diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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.

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 de RUIZ BLANCO. 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 Villegas² 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 pensionará 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 retiro, 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 (en este caso

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"

PORVENIR), 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 (SL 2611 – 2020³) 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. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR., entidad que asumió la afiliación al RAIS, ya que se limitó a indicar que a RUIZ BLANCO se le brindó la información necesaria para trasladarse de régimen pensional, no obstante la AFP no demostró el ejercicio del deber del buen consejo en los términos expuestos por la SL CSJ (SL1689-2019, SL1452-2019), si bien el demandante adujo en su interrogatorio de parte que conocía algunas características del RAIS, lo cierto es que solo hasta el año 2018 conoció de las consecuencias que le había acarreado la decisión del traslado, de ahí que en ese momento acudió a efectuar la solicitud de nulidad del traslado, no obstante el hecho de brindar información sobre las características generales del RAIS, sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "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"

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 precisar que la SL CSJ en reiteradas decisiones ha indicado que el deber de información en cabeza de las administradoras **siempre** ha existido (SL1452-2019⁵) y es por esto, que los argumentos consistentes en que el efectuar cotizaciones y aportes voluntarios a PORVENIR, ratificaron su decisión de permanecer en el RAIS, estas manifestaciones no son suficientes para convalidar su decisión de cambio pues es evidente que quien incumplió con sus deberes especiales fue precisamente la AFP quien debió garantizar desde el momento del traslado un debida y completa asesoría, lo cual no demostró pues solo se ocupó de manifestar que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre y voluntaria.

Tampoco es de recibo la manifestación de Colpensiones, de que como el demandante está inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este 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 al actor entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, 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).

Prescripción

Frente a la prescripción alegada por Colpensiones, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4360-2019 ha señalado que: "*La acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles,*" por lo que puede reclamarse en cualquier tiempo y al ser 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

⁵ En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, 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.

Devolución por concepto de gastos de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"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."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como PORVENIR es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, 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 período.

En cuanto a la descapitalización citada por COLPENSIONES, es de recordar que esta no se genera, como quiera que al ordenar reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (SL2877-2020⁶) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020⁷, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Costas

Respecto a la condena en costas impuesta a Porvenir, es de indicar que el numeral 1º del artículo 365 del CGP, señala, que las mismas se imponen a la parte vencida en el proceso, sin que sea pertinente entrar a estudiar la complejidad del asunto o la buena fe. No obstante, en este caso quien presentó oposición respecto de la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional y quien solicita la revisión de este ítem, es precisamente la AFP, por lo que, ante la improperidad del recurso, resulta procedente confirmar las de primera instancia y la imposición de costas en la alzada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

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:

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.

⁷ "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, adocrinó:

[...]

"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."

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito del 8 de septiembre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

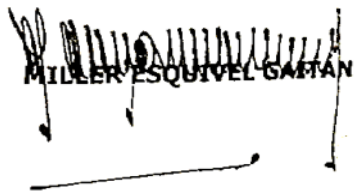
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MARÍA ELSY AYALA TORRES CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00133 01. Juz. 07.

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

MARÍA ELSY AYALA TORRES demandó a COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6. Nació el 5 de diciembre de 1954. La demandante se trasladó del ISS a la AFP ING S.A., hoy Protección S.A. en el año 1997. No obra prueba del formulario de afiliación inicial. 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. Posteriormente se afilio

al fondo de pensiones Colmena S.A. en el año 1999. La demandante retorno al RPM el 1 de julio de 2002. Solicito ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez que le fue reconocida mediante resolución N° 27289 del 16 de agosto de 2012. La prestación fue reconocida bajo los parámetros de la ley 797 de 2003. El reconocimiento se dio a partir del 1 de marzo de 2011 en cuantía inicial de \$1.265.689. Desde el 10 de julio de 1987 hasta el 30 de noviembre de 2010 reúne un total de 1.093 semanas cotizadas. Presento reclamación administrativa ante Colpensiones el 3 de agosto de 2018 en la que solicitó la nulidad de traslado efectuada al RAIS, la cual fue negada.

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. 105 a 134

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el retorno al RPM, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones bajo la Ley 797 de 2003, la fecha de nacimiento de la actora, el cumplimiento de los 35 años de edad al 1 de abril de 1994, así como los 55 años de edad en el año 2009 y el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para recuperar el régimen de transición, inexistencia del derecho para reclamar la ineficacia del traslado, 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, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos del escrito visible en fls. 142 a 159.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado efectuado por la demandante, la fecha de nacimiento, la edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y el cumplimiento de los 55 años de edad.
- Propuso 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, traslado de aportes 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:

1. *DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:*
 - *La señora MARÍA ELSY AYALA TORRES con LA AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. el 01 de Diciembre de 1997.*
2. *ORDENAR a COLPENSIONES a mantener la afiliación de la demandante como si nunca hubiese realizado traslado alguno al RAIS respetando todos los beneficios que había adquirido en especial el régimen de transición.*
3. *ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que se hayan generado por la afiliación al RAIS de la demandante.*
4. *ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de la señora MARIA ELSY AYALA TORRES teniendo en cuenta el régimen de transición de que trata el art 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando para el reconocimiento pensional el Decreto 758 de 1990 a partir del 01 de Diciembre de 2010 teniendo en cuenta para la liquidación del IBL lo cotizado durante los últimos diez años al cumplimiento de los requisitos.*
Y Advirtiéndose que deberá aplicar el fenómeno prescriptivo respecto de la reliquidación de las mesadas causadas con anterioridad al 03 de agosto de 2015.
5. *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*
6. *Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.*
7. *REMÍTASE EN CONSULTA.*

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. Ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta que no perdió el régimen de transición, establecido en el artículo 36° de la ley 100 de 1993, aplicando para el reconocimiento pensional el Decreto 758 de 1990 a partir del 1 de diciembre de 2010.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: manifiesta que la demandante no cumple con los requisitos en entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición, toda vez que cuenta con un traslado efectivo del 1 de febrero de 1998 de lo que se colige que para retornar al RPM debía reunir 15 años de servicio y su equivalencia en semanas de cotización, requisito que no reúne la actora, comoquiera que para la data solamente contaba con 322.43 semanas. Señala que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que las sumas consignadas en la cuenta de ahorro individual no son suficientes para cubrir el pago de la prestación.

AFP PROTECCIÓN: manifiesta que se debe revocar la condena en cuanto al traslado de los gastos de administración, toda vez que los mismos son producto de la buena gestión de la administradora de pensiones.

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

Parte demandante: indica que la actora actuó bajo el principio de la buena fe, que implica *“la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*, Bajo este supuesto, los asesores de Porvenir quebrantaron tal principio pues, la información dada por los mismos no fue la realmente adecuada para que la demandante se hubiese percatado de las consecuencias que podría acarrear el traslado realizado y además de la confianza depositada en el asesor, persona que se presume está capacitada y tiene conocimiento sobre todas las características relacionadas con el Sistema General de Pensiones.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** solicita se revoque la decisión. Manifiesta que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, tal y como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Ahora bien, en caso de que se llegare a confirmar la decisión, ruega se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que esta debe reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual. Así mismo requiere, que se adicione a la sentencia que la condena impuesta a la entidad, se condicione la misma al previo cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP.
- **PROTECCIÓN 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 y la reliquidación de la prestación reconocida a la actora bajo la normativa del Decreto 758 de 1990.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 3 de agosto de 2018 (fl. 19), 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 RPM desde el 1 de julio de 2002 según se desprende de la certificación expedida por Colpensiones (fl. 17).

Se resalta que a la actora le fue reconocida pension de vejez por parte de Colpensiones mediante resolución No. 007415 del 25 de febrero de 2011 a partir del 1 de marzo de 2011, en cuantía inicial de \$1.265.689 y conforme lo establecido por la Ley 797 de 2003. Prestación que fue objeto de reliquidación en resolución No. 27289 de 16 de agosto de 2012 y se estableció el disfrute a partir del 1 de diciembre de 2010.

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 1 de diciembre de 1997 solicitó su vinculación a la AFP Colmena (hoy AFP Protección) según el reporte del SIAFP (fl. 174), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 19941, 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 Villegas² 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 retiro, 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 jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.9893, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

De otra parte, es necesario precisar de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. De igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes contaban con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, lo anterior en los términos señalados en la sentencia C-789 de 20021, preceptos de los cuales se benefició la demandante al haber regresado al RPM en el año 2002.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Resalta esta Sala de decisión, que la nulidad y/o ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, es la vía con la que cuentan los afiliados al sistema general de pensiones para lograr la movilidad entre regímenes pensional, cuando se establece la falta de información clara, cierta, precisa y comprensible de las consecuencias del traslado. El resultado de esta ineficacia es retrotraer las cosas a su estado inicial y por ello se ordena aceptar al afiliado nuevamente en el régimen pensional donde se encontraba y recibir los aportes con sus rendimientos y sin que se haga ninguna clase de deducción.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que la demandante regresó al RPM administrado por Colpensiones desde el 1 de julio de 2002 según se desprende de la certificación emitida por esa entidad (fl. 17). Además le fue reconocida pensión de vejez mediante resolución No. 007415 del 25 de febrero de 2011 a partir del 1 de marzo de 2011, en cuantía inicial de \$1.265.689, bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003. Prestación que fue objeto de reliquidación en resolución No. 27289 de 16 de agosto de 2012 y se estableció el disfrute a partir del 1 de diciembre de 2010, calidad de la actora que constituye una status jurídico.

Significa lo anterior, que lo pretendido por la demandante desborda a todas luces la finalidad de estas acciones ordinarias, pues a pesar que la AFP Protección no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen y con ello haber dado cumplimiento del deber de información, lo cierto es que María Elsy Ayala Torres regresó en el año 2002 al RPM, además Colpensiones recibió los aportes realizados en la AFP Colmena (hoy AFP Protección) y los tuvo en cuenta para efectos pensionales; tanto es que se encuentra vinculada y con estado pensionada.

Puestas así las cosas, no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado como quiera que no existe traslado de régimen que ordenar, como tampoco se advierten aportes que trasladar, pues se reitera la vinculación actual de la demandante es con la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

En relación con la recuperación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², se tiene que la demandante nació el 5 de diciembre de

² "La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

1954, según el documento de identidad que reposa a fl. 12, por lo que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones establecido en la Ley 100/93, esto es el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, por lo que en principio sería beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto encuentra la Sala que si bien la actora estuvo afiliada desde el 10 de julio de 1987 al régimen de prima media administrado en aquel entonces por el ISS (archivo 6. Expediente digital) lo cierto es que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colmena (hoy AFP Protección) el 1° de diciembre de 1997, donde permaneció hasta el 1° de julio de 2002 cuando decidió regresar al ISS, hecho que según lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 genera la pérdida del régimen de transición. Sin embargo después de gran cantidad de disquisiciones y jurisprudencia emitida al respecto, la Corte Constitucional en análisis de constitucionalidad en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, contempló la posibilidad de regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media, evolución jurisprudencial que se puede consultar con precisión en la sentencia SU-062 de 2010 estableciendo unos requisitos previos que se deben cumplir, los que finalmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia unifica en dos, entre los que están los siguientes:

- a. Tener al 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.
- b. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual.

Al respecto se puede consultar en otras las sentencias SL-609 del 28 de agosto de 2013 Radicación 43217, SL-739 del 22 de octubre de 2013 Radicación 44766, SL-3171 del 13 de marzo de 2014 Radicación 39796.

Requisitos que debe cumplir toda persona que pretenda, además de regresarse al régimen de prima media, recuperar el régimen de transición, los cuales cumple parcialmente al actor, pues si bien se trasladó a Colpensiones todo lo ahorrado en el Fondo, no cumplió con la densidad mínima de tiempo de servicios para el 1° de abril de 1994, pues para esa data tan solo había cotizado 343 semanas (fls. 23) lo cual es insuficiente para acceder a tal beneficio como bien lo señaló la demandada al momento de reconocer la prestación de vejez.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley."

Bajo los anteriores razonamientos se revocará en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se revocan y quedan a cargo de la demandante. Sin condena en 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.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de la demandante. Sin condena en costas en la alzada.

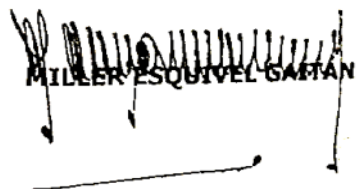
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL SAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE LILIA VÁSQUEZ RAMÍREZ CONTRA MARIA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ. Rad. 2019 00260 01 Juz. 04.

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

LILIA VÁSQUEZ RAMÍREZ demandó a MARIA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 5 a 7.

- Declaración de contrato de trabajo
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Prima de servicios.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Pago de aportes a la seguridad social.
- Indexación.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5. Entre la señora Lilia Vásquez Hernández y la señora María Lizeth Hernández Pérez se celebró un contrato de trabajo verbal desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 28 de febrero de 2019. La demandante desempeñó el cargo de servicio doméstico en casa habitación de la demandada. El horario que cumplía la actora era de lunes a viernes entre las 6:00 a.m. a 7:00 p.m. el último

salario devengado fue la suma mensual de \$925.148, incluido subsidio de transportes. La señora Vásquez Ramírez presento renuncia motivada el día 28 de febrero de 2019 debido al incumplimiento de los derechos laborales y malos tratos recibidos por parte de su empleadora. Durante la relación laboral no le fueron consignadas las cesantías de los años 2010 a 2018, ni los intereses a las cesantías generados. Tampoco le fueron pagadas las vacaciones y la Prima de servicios del tiempo laborado. La accionada no realizo la afiliación y pago de aportes a la seguridad social durante todo el transcurso del vínculo laboral.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 26 a 31.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; que desempeño unas actividades en la casa de la demandada.
- Formulo como excepciones de mérito; la inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido 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- DECLARAR que entre la señora LILIA VÁSQUEZ RAMÍREZ y la señora MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ existió una relación laboral de tipo contractual entre el 31 de mayo de 2010 y el 28 de febrero de 2019.

SEGUNDO- DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones con anterioridad al 28 de marzo de 2015 y respecto de las demás acreencias laborales con anterioridad al 28 de marzo de 2016.

TERCERO- CONDENAR a la demandada MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ al pago de los siguientes conceptos:

Primas: \$2.339.532

Vacaciones: \$1.414.083

Cesantías: \$5.592.099

Intereses a las cesantías: \$267.500

Sanción por no consignación de las cesantías: \$26.500.968

Total: \$36.114.183

CUARTO- CONDENAR a la demandada MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ a realizar la afiliación de la señora LILIA VÁSQUEZ RAMÍREZ al fondo de pensiones de su escogencia y al consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde el 31 de mayo de 2010 al 28 de febrero de 2019 teniendo como salario base de liquidación el SMLMV de cada año y en el porcentaje que le corresponda al empleador.

QUINTO- CONDENAR a la demandada **MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ** al reconocimiento de la indemnización moratoria en la suma de \$27.603 pesos diarios a partir del 1 de marzo de 2019 hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones a las que fue condenada la demandada.

SEXTO- CONDENAR a la demandada **MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ** a la indexación de las vacaciones.

SÉPTIMO- CONDENAR en costas a la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Llegó a la anterior determinación al encontrar demostrada la prestación del servicio y que se desarrolló dentro de un contrato de trabajo. Estableció como extremos el 31 de mayo de 2010 y el 28 de febrero de 2019 al tener en cuenta lo aceptado por la pasiva en sus declaraciones. En relación con el horario conforme lo dicho por los testigos estableció que se desempeñó como empleada de servicio domestico interna, con ingreso el día lunes en horas de la mañana y salida el sábado a medio día. En relación del salario lo determino en el smmlv al no haberse probado uno diferente. En relación con la prescripción declaró prescritas las obligaciones con antelación al 28 de 2016 y las vacaciones 28 de marzo de 2015 como quiera que la demanda fue presentada el 28 de marzo del año 2019. Declaró que no opera la prescripción frente a las cesantías al tener en cuenta que el término de prescripción para este rubro comienza a contabilizarse a partir del momento que se da por terminado el vínculo laboral. En relación con el despido dijo que no se acreditó que la demandada hubiera recibido la carta de renuncia. Considero que la buena fe por parte de la demandada no fue demostrada, pues quiso disfrazar el contrato de trabajo aduciendo que se trataba de un contrato de prestación de servicios cuando quedo demostrada en el plenario la subordinación; por lo que impartió condena por concepto de indemnización del artículo 65 del CST y la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990. En cuanto a la indemnización por no consignación de las cesantías operó el fenómeno de la prescripción con relación a las anteriores al 2015 y respecto a las del año 2019 dijo que no había surgido la obligación para el empleador de consignarlos. Finalmente absolvió de la indexación por haber prosperado la indemnización moratoria.

Recurso de apelación

La parte demandada alega su inconformidad en relación numerales 2, 3 y 4 de la sentencia en lo que tiene que ver con la prescripción de las cesantías y con la imposición de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, como quiera que no se probó la mala fe de la demandada. Solicita se tenga en cuenta que de acuerdo a las convenciones personales entre las partes la demandada pago una suma adicional en aras de cubrir cualquier pago eventual. Considera que no se tuvo en cuenta que la versión

dada por el señor vigilante Jesús Yamith, este indicó que no trabajaba todos los días, pues tenía turnos de 24 horas, entonces quedo la duda que ella estuviera semanalmente todos los días interna trabajando prestando sus servicios.

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

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: solicita se revoque el fallo. Considera que hubo una errada apreciación de la prueba, toda vez que se centró en el testimonio del único testigo aportado por la demandante para tener como demostrado que la actora asistía toda la semana a trabajar, cuando en realidad descansaba día de por medio, es decir no asistía en días seguidos, por lo que no podía dar fe de estos hechos. Por lo tanto, no se demostró en el presente asunto que la demandante laborara tiempo completo. El Art 83 de la C.P. estableció que la buena fe se presume, igual se extrae del art 55 del C.S.T. y en este juicio la mala fe de la demandada no fue probada, por lo cual no se puede condenar a pagar las indemnizaciones del Art 99 ley 50/90, eventualmente solo podría ser llamada a responder por el pago de una posible indexación. Se probó con los testimonios e interrogatorios de parte, que las partes acordaron por petición de la trabajadora, y así lo asumió y aceptó la demandada, la no afiliación a las instituciones de seguridad social puesto que no le convenía por estar afiliada al Sisben y podía perder los beneficios de vejez. Peticiones que la demandada aceptó con pleno conocimiento que actuaba de buena fe y no estaba afectando los posibles derechos que le pudieran corresponder a la accionante.

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 la labor fue desempeñada todos los días y bajo la modalidad de interna; además si operó el fenómeno extintivo de la prescripción sobre las cesantías; así mismo si la imposición de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías es procedente.

Existencia del Contrato de Trabajo

No se encuentra en controversia la prestación personal del servicio por parte de LILIA VÁSQUEZ RAMÍREZ a favor MARÍA LIZETH HERNÁNDEZ PÉREZ, como empleada de servicio doméstico entre el 31 de mayo de 2010 y el 28 de febrero de 2019, extremos que fueron establecidos por la A quo de conformidad con lo aceptado por la demandada en su interrogatorio de parte como prueba de confesión.

Manifiesta el apelante que en su momento no se tuvo en cuenta que el vigilante Jesús Yamith al rendir su declaración dijo que no trabajaba todos los días, pues tenía turnos de 24 de horas, entonces existe duda en que la demandante estuviera interna todos los días trabajando.

Se precisa que en el análisis realizado por la A quo, se estableció que la versión dada por el señor Jesús Yamith Loaiza se acercaba más a la realidad de los hechos, ello por cuanto su labor de vigilante daba más certeza frente a la permanencia de la actora en el apartamento de María Lizzeth, al comparar las versiones dadas por los testigos Silvia Tatiana alfárez y Daniel Alfonso Rodríguez que fueron solicitados por la parte demandada, y quienes tan solo eran vecinos con quienes se frecuentaban esporádicamente toda vez que sus hijos mantenían una amistad con la hija de la demandada.

Considera esta Sala que los horarios y rotaciones que en el desempeño del cargo de guarda de seguridad tiene el señor Jesús Yamith no le resta fuerza ni credibilidad a su declaración, todo lo contrario, son esas extensas jornadas de trabajo y la variación de los días de la semana en los cuales asiste a su puesto de trabajo que conllevan a determinar que en su calidad de vigilante en el edificio donde vive la demandada, mismo en el cual la señora Lilia prestó sus servicios como empleada del servicio domestico en la modalidad de interna, tiene conocimiento directo de los hechos sobre los cuales rindió su declaración, lo que conlleva a la confirmación de la sentencia en este punto.

Prescripción Sobre Las Cesantías

Considera el apelante que contrario a lo dispuesto en la sentencia opero el fenómeno extintivo de la prescripción en lo relativo al auxilio de cesantías, como quiera que se impartió condena por este concepto por la totalidad de la relación laboral.

Sobre el particular se debe señalar que tal como lo dispuso el A quo las cesantías son una prestación social que se hace exigible únicamente al finalizar la relación laboral, razón por la cual sobre estas opera la prescripción desde ese momento, tal como lo ha sostenido la SL CSJ, recientemente se puede ver la sentencia SL4260-2020, en la cual se adoctrino:

"La Sala halla razón al argumento esbozado por la impugnación, pues refleja la línea de pensamiento de la Corte que ha sostenido que como el empleador se encuentra obligado al pago de las cesantías al término del contrato de trabajo y no antes, al punto que el art. 254 del CST prohíbe los pagos parciales anticipados salvo las autorizaciones de ley, es a partir de allí que se hace el conteo para la prescripción de esa prestación social.

Tal postura no sólo se encuentra asentada en la providencia de la Corporación citada en el escrito que sustenta el recurso extraordinario, sino, además, en muchas otras, de tiempo atrás, entre ellas la CSJ SL2885-2019, 17 jul. 2019, rad. 73707:

Prescripción de cesantías

La Sala ha adoctrinado de manera reiterada y pacífica que la cesantía es una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 ag. 2012, CSJ SL8936-2015 y CSJ SL2967-2018), cuya prescripción se configura desde ese momento conforme lo disponen los artículos 488 del Estatuto Laboral y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así, no erró el Tribunal al establecer que las cesantías causadas con anterioridad al 3 de julio de 2009 no estaban prescritas, toda vez que tal prestación se hizo exigible a partir de la finalización del vínculo laboral, esto es, 31 de julio de 2012, y la demanda se presentó el 24 de abril de 2013, es decir, antes de que trascurrieran los tres años para que se presentara el fenómeno extintivo de las obligaciones. (Subrayas de la Sala)"

Así las cosas, al haber finalizado el vínculo contractual el 28 de febrero de 2019 y como quiera que la demanda se presentó el 28 de marzo del año 2019 (fl. 18), es claro que no transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y por ello no operó sobre estas el fenómeno de la prescripción, lo que conlleva a confirma en esta aparte la sentencia apelada.

Sanción Moratoria Por No Consignación De Las Cesantías

Afirma la demandada que actuó de buena fe y que de acuerdo a las convenciones personales entre las partes se pago una suma adicional en aras de cubrir cualquier pago eventual, razón por la cual se le debe eximir de la sanción moratoria por no consignación de cesantías.

Pues bien, el artículo artículo 99 de la ley 50 de 1990, establece que si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela el auxilio de cesantía, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se le exonerará de su pago.

Del acervo probatorio se advierte que la demandada se sustrajo de su deber de pagar las acreencias debidas a la señora Lilia a la finalización de su contrato. Sin que sea de recibo para esta Sala los argumentos vertidos en el interrogatorio de parte al afirmar que habían pactado la no afiliación al sistema de seguridad social pues la trabajadora señaló que estaba afiliada al Sisben, así mismo que no se le realizó el pago de cesantías dado que acordaron el pago de una suma adicional que cubría todo lo referente a este concepto; pues las partes eran consientes que en la realidad se estaba ejecutando un contrato de trabajo, del cual la demandada se quiso liberar junto con las obligaciones que este conlleva al decir que se trató de un contrato de prestación de servicios, razón por cual se confirma la imposición de esta sanción en los términos establecidos por el A quo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

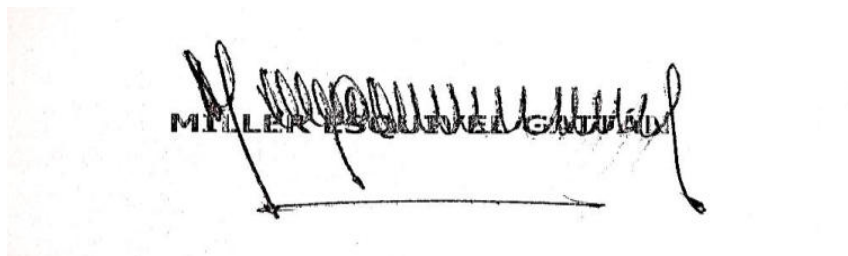
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

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 NOHORA YOLANDA REYES RAMIREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.
Rad. 2019 – 00434 Juz. 31.**

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

NOHORA YOLANDA REYES RAMIREZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 8 a 10. Nació el 16 de agosto de 1960. Se afilió al ISS el 04 de mayo de 1981. El 23 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, momento en el que se omitió brindarle información adecuada y suficiente sobre el RAIS, posteriormente se trasladó a la administradora PORVENIR S.A y luego a COLFONDOS S.A (actual administradora), quienes no le informaron sobre la posibilidad de retornar al RPM, en el régimen de prima media cotizó 396 semanas, para un total de más de 1568 semanas entre los dos regímenes. Se le realizó una simulación pensional en la cual se le proyectó una mesada de \$1.037.544, una vez efectuados los cálculos concluyó que en el RAIS su pensión sería inferior a aquella que se le hubiese reconocido en el RPM toda vez que esta sería equivalente a la suma de \$1.892.093, generándose una diferencia de un 45.16%, porcentaje que dejaría de percibir al momento del

reconocimiento pensional. El 22 de enero de 2019 agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 167 a 184 y 229 a 233 de la subsanación.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó, la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el número de semanas, la fecha del traslado al RAIS y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 de orden público y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible a fls. 203 a 226.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y el traslado a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado y compensación y pago.

PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible a fls. 265 a 289.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante.
- 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.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2019 (fl. 333) se tuvo por no contestada la demanda por la **AFP PORVENIR S.A.**

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a las demandadas. Llegó a esa determinación al considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante, efectuado el 23 de agosto de 1994 fue libre, voluntario y sin pensiones conforme el literal b del art. 13 Ley 100/93 y el Decreto 692/94. Resaltó que el consentimiento fue informado y plasmado por REYES RAMIREZ en el formulario de afiliación, documento que encontró ajustado a lo establecido por la Superintendencia Financiera mediante el Decreto 720/94. Indicó que la promotora del proceso, confesó en su interrogatorio de parte, que conocía de las características del RAIS y que al momento del traslado pudo prever de las consecuencias que le acarrearía el mismo, máxime cuando de los comunicados de prensa aportados se le puso de presente la posibilidad de retornar al RPM. Manifestó que el traslado entre administradoras y la cotización de más de 351 semanas, ratificó la decisión de permanecer en el RAIS, aunado a que para el momento del traslado la demandante no contaba con una expectativa legítima, tampoco un derecho consolidado ni era beneficiaria del régimen de transición, también concluyó que no se probó la existencia de vicios del consentimiento que conllevará a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Recurso de Apelación

Solicita se revoque la decisión, como quiera que el A quo desconoció el deber de información que recae sobre las AFP según lo señalado por la CSJ en sentencia 19447/17, por lo que no es dable imponerle a la demandante la carga probatoria respecto a la insuficiencia de la información y asesoría de las demandadas. Manifestó que el formulario no es prueba suficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada, máxime cuando la AFP no demostró haber brindado una asesoría en los términos del art. 271 de la Ley 100/93. Indicó que la Juez paso por alto lo dicho por la representante legal de Porvenir, toda vez que solo valoró lo dicho por REYES RAMÍREZ en su interrogatorio de parte, quien mencionó algunas características del RAIS, circunstancia que resulta insuficiente para afirmar que la demandante conocía de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional pues recalcó que conforme al art. 1604 del Código Civil, corresponde a las administradoras probar ese buen consejo y asesoría, de lo contrario deberán aplicárseles las sanciones previstas en el art. 271 de la citada ley. Adujó que los traslados entre administradoras no ratifican la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual y más cuando el traslado no fue informado ni asesorado debidamente, consideró que tampoco es válido el argumento del juzgador de primera instancia, consistente en que la promotora del juicio al momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco tenía una expectativa legítima, pues según lo citado por la SL CSJ en sentencia 4426/19, nada de ello tiene que ver con el deber de información que debe garantizar las AFP teniendo en cuenta que lo que se debate es un derecho pensional. Finalmente, dijo que los comunicados de prensa aportados por las demandadas, son documentos genéricos de los cuales no

se puede establecer ninguna afectación al reconocimiento pensional que le asiste a la afiliada.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada:

COLPENSIONES; pide ser absuelta de toda condena, como quiera que se probó que la demandante recibió la información necesaria al momento del traslado de régimen pensional por lo que su decisión de cambio fue libre, voluntaria e informada, razón por la cual no debe declararse la nulidad del traslado máxime cuando no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento ni tampoco el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP.

COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR; no hicieron uso de 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 la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y si le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 65 a 67, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 22 de enero de 2019, en la que solicita la aceptación en el RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A (fl. 291) al cual se trasladó desde el 23 de agosto de 1994 y las posteriores afiliaciones entre administradoras que datan del: 29 de febrero de 1996 (fl. 357 - PORVENIR), el 07 de diciembre de 1998 (fl. 338 - PORVENIR), el 28 de febrero de 2000 (fl. 336 – PORVENIR) y el 31 de mayo de 2011 a COLFONDOS (fl. 237) quien es su actual administradora.

Validez del traslado de régimen

Frente 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN SA, no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, si bien la demandante el 23 de agosto de 1994 (fl. 291), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por REYES RAMÍREZ, 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 Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del

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"*

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 pensionará 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 la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, 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 (en este caso COLMENA hoy 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 demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada 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. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PROTECCIÓN, ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación y si bien ésta AFP al contestar la demanda manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante la información verbal donde explica los beneficios del régimen, la cual, según se logró determinar con el interrogatorio de parte, la entidad no demostró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "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"

suministró a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, 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 20 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneo por el hecho de que la demandante se hubiere traslado a diferentes administradoras en el RAIS, pues recuérdese que 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 este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

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 el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, 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 la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo precisó 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"*.

Por otro lado en lo que respecta a los comunicados de prensa, ha de advertirse que esta publicación se realizó a nivel nacional y no obra prueba en el plenario de que la información allí contenida haya sido puesta en conocimiento de la demandante pues su contenido es genérico y no representa la situación pensional de la accionante.

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que REYES RAMÍREZ no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual efectuada el 23 de agosto de 1994 a la AFP COLMENAS hoy PROTECCIÓN (fl.291) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto y como quiera que actualmente la parte actora se encuentra vinculada con COLFONDOS S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales 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 y los gastos de administración tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"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."

De otra parte es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Reconocimiento pensional.

No se controvierte que la demandante cotizó hasta el momento de la presentación de la demanda 1548,43 conforme la historia laboral que milita a folios 46 a 48 expedida por Colfondos, donde se registran las cotizaciones efectuadas por la demandante durante toda la vida laboral y en la que se registra como semanas acreditadas en ese fondo 351,43, con origen de bono 421,86 y en otras AFP 775,14. Igualmente se debe aclarar que el derecho pensional de REYES RAMÍREZ se debe estudiar conforme la Ley 100/93 modificada por la Ley 797 del mismo año, ya que por haber nacido el 16 de agosto de 1960 (fl. 45) no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93, pues a su entrada en vigencia contaba con 34 años de edad (art. 36 de la Ley 100/93) y no acreditó los 15 años de servicio para esa data, como quiera que solo alcanzó 386 semanas. Por lo que se concluye, que le asiste el derecho con aplicación de los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁵.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión, es importante tener en cuenta lo previsto en el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990⁶, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio o la desafiliación del sistema general de pensiones. Sin embargo, no se aportó ninguna prueba que acredite el retiro y desvinculación de la administradora, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite tal desafiliación. 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 Colfondos.

Liquidación de la pensión

Frente a la forma de liquidar la pensión, es pertinente recordar que se deberá calcular conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁷, el cual señala que el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, siempre y

⁵ ARTÍCULO 9. 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**.

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)

⁷ ARTÍCULO 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo"

cuando haya cotizado 1.250 semanas o más, requisitos que cumple la demandante, toda vez que cuenta con 1548,43 semanas (conforme registro del folio 48 vto.) en toda su vida laboral y frente a la tasa de reemplazo a aplicar encuentra La Sala que se debe calcular según artículo 34 de la citada Ley⁸, parámetros que deberá tener en cuenta Colpensiones para el momento de liquidar la pensión de NOHORA YOLANDA REYES RAMÍREZ, por cuanto en este momento no se tiene certeza si la afiliada continua cotizando.

Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales

Como quiera que se está ordenando el reconocimiento de la pensión a partir de que se acredite la desafiliación al sistema, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

Bajo los anteriores razonamientos, se **REVOCA** la sentencia apelada.

COSTAS

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas 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.

⁸ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:
El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de febrero de 2020, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **NOHORA YOLANDA REYES RAMÍREZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 23 de agosto de 1994 con destino a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **COLFONDOS S.A.** como actual administradora del actora a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

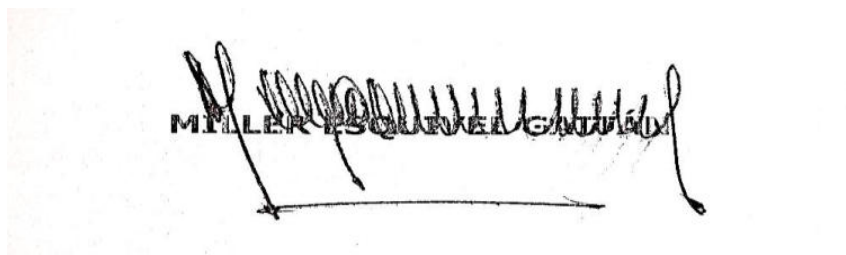
TERCERO.- COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedarán a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE OCHOA NAUSA y EDGAR ALFONSO ESTEPA GÓMEZ CONTRA ACERÍAS PAZ DEL RÍO EN REESTRUCTURACIÓN. Rad. 2016 – 00078 Juz. 34.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

JORGE OCHOA NAUSA y EDGAR ALFONSO ESTEPA GÓMEZ demandaron a ACERÍAS PAZ DEL RÍO EN REESTRUCTURACIÓN, para que se profieran las declaraciones y condenas que fueron clarificadas en auto del 22 de mayo de 2018 proferida por esta Sala de decisión, al declararse probada la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y se ordenó adecuar el trámite al de un proceso especial de acoso laboral. Las pretensiones a estudiar consisten en:

JORGE OCHOA NAUSA (fls. 295 a 296)

- Se declaró que la demandada ha ejercido actos de acoso laboral.
- Sanción por acoso laboral.
- Pago a la EPS del 50% del tratamiento médico en consecuencia de las conductas de acoso laboral.

Los hechos de la demanda respecto del acoso se describen a folios 300 a 304. Se vinculó con la demandada el 22 de enero de 2000 en el cargo de basculero férreo categoría 10, desde el mes de abril de 2010, hace parte de la Junta Directiva del Sindicato de la empresa en el cargo de tesorero, su salario ascendió a la suma de \$1.178.000. Afirma que la pasiva ha desplegado diferentes actos de persecución laboral consistentes en la no aplicación de los beneficios convencionales sin que medie justa causa. El 04 de junio de 2013, solicitó el cumplimiento de la disposición del pacto colectivo que prevé la práctica del examen médico de "alcotest" por personal médico, lo que trajo como consecuencia que la demandada incurriera en conductas de acoso laboral e iniciará proceso disciplinario en el que se impuso como sanción la suspensión del contrato de trabajo por ocho días, circunstancia que le ocasionó una desmejora en el cargo desempeñado (supervisor operación planta) dado que fue removido de este. Los actos de acoso laboral continuaron cuando fue suspendido de sus labores por veinte días más sin que se le diera la oportunidad de acudir al Comité de Convivencia Laboral, pues fue remitido directamente a la oficina de imposición de sanciones (1era instancia), decisión que fue confirmada en las demás instancias, situación por la que

fue diagnosticado el 29 de julio de 2013 con "*cuadro depresivo recurrente*", lo que implicó la expedición de una incapacidad e ingesta de medicamentos y en la historia clínica se registró como causa de la patología "*depresión recurrente a causa de conflictos laborales*". En razón a todas las acciones de acoso laboral desplegadas por la compañía presentó renuncia el 15 de enero de 2015.

EDGAR ALFONSO ESTEPA GÓMEZ (fls. 296 a 300).

- Se declaró que la demandada ha ejercido actos de acoso laboral.
- Sanción por acoso laboral.

Los hechos se describen a folios 304 a 307. Laboró para la demandada desde el 01 de junio de 2006 en el cargo de capataz mecánico categoría 10, a partir del 28 de abril del 2010 ostentó el cargo de vicepresidente de la Junta Directiva de la Organización Sindical de la compañía. Adujó que la pasiva vulneró sus derechos convencionales sin ninguna justificación lo que considera actos de persecución laboral. Fue sancionado por un día por hechos ocurridos el 06 de abril de 2013, data en la cual no laboró. Luego se le inició proceso disciplinario en el que se dispuso la suspensión del contrato de trabajo por ocho días la cual se aumentó a sesenta al resolver el recuso de apelación, lo que constituye episodios de acoso y discriminación laboral los cuales atentan contra el derecho de asociación sindical. Todas las sanciones impuestas han generado temor a los asociados por lo que el 15 de enero de 2015 renunció.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito a folios 366 a 441.

- Se opuso a las pretensiones incoadas por los demandantes.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral y los extremos.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cosa juzgada, compensación, pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, mala fe de los demandantes, buena fe de la demandada, falta de legitimación en la causa por activa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 25 de enero de 2021, en la cual dispuso declarar la caducidad de la acción de acoso laboral de conformidad con lo previsto en el art. 18 de la Ley 1010/06 y absolvió a la demandada de las pretensiones. Llegó a esa determinación luego de relacionar las diferentes conductas de acoso laboral relacionadas en la demanda y concluyó que en el asunto operó el fenómeno de la caducidad descrito en el citado artículo, pues transcurrieron más de 6 meses después

de la ocurrencia de las presuntas conductas de acoso laboral. Fundamentó su decisión en lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C227/09 y la STL159/17 proferida por la SL de la CSJ, en las que se precisa que la caducidad no es susceptible de suspensión y aclaró las diferencias entre las figuras de la caducidad y la prescripción.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de los demandantes y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

No se controvierte la relación laboral que existió entre las partes, los cargos, los extremos de la vinculación y el salario. Por lo que sería del caso analizar la configuración de las conductas de acoso laboral, previo análisis de la caducidad prevista en el art. 18 de la Ley 1010/06, ya que el A quo absolvió de las pretensiones en aplicación de esta figura. El citado artículo prevé:

*ARTÍCULO 18. CADUCIDAD. Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán **seis (6) meses** después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta ley. (Subrayado fuera del texto).*

Resulta pertinente para estudiar el asunto precisar que la caducidad es una figura cuyo limite es temporal y no es objeto de suspensión, pues esta impone que quien acude a la administración de justicia lo haga en el término previsto para ello ya que de lo contrario pierde el derecho a interponer la acción correspondiente. Al respecto la CSJ en sentencia SL15594 de 2016 ha indicado que: *"Sin embargo, en caducidad y prescripción también convergen características que se impone destacar. De un lado, ambas figuras fueron establecidas por el legislador con la finalidad de impedir que las personas pudieran indefinidamente plantear controversias ante la administración de justicia en detrimento de la seguridad jurídica; por ello, una y otra, están sujetas a un límite temporal".*

En este proceso especial, los trabajadores demandantes precisan que las conductas de acoso laboral desplegadas por la pasiva iniciaron el 28 de abril de 2010 (hechos 9 y 7 – fls 301 y 304) cuando les fue descontado del salario los permisos sindicales que fueron otorgados por la empresa para la reunión de la Junta Directiva del Sindicato que se realizaba todos los viernes. Posteriormente OCHOA y ESTEPA afirman que fueron víctimas de actos de persecución laboral por los hechos ocurridos el 04 de junio de 2013 cuando junto con otros líderes sindicales, solicitaron la aplicación de la cláusula 29 de la Convención Colectiva que consiste en la práctica del examen de "alcotest" pues el realizado era adelantado por el personal de vigilancia y no por el profesional de salud, petición que les generó la suspensión del contrato de trabajo por ocho días a cada uno. Más adelante se narra que el 6 abril de 2013 (hecho 23 – fl.306) ESTEPA GÓMEZ fue sancionado por hechos acaecidos el 4, 5 y 6 de abril del mismo año (pero no menciona cuales) sin haber laborado el último día.

Ahora, se advierte que ESTEPA GÓMEZ adelantó querrela ante el MinTrabajo en virtud del incumplimiento parcial de las disposiciones convencionales de las que se desprenden algunas de las conductas de acoso, trámite administrativo que se archivó en virtud del desistimiento al que llegaron las partes el 04 de septiembre de 2013 conforme acta de conciliación que reposa a folio 128, con lo que colige La Sala que las actuaciones de acoso laboral endilgadas a la demandada en este proceso anteriores a esa fecha fueron superadas.

De otra parte, se observa a folio 122 que el 17 de febrero de 2014 Ochoa Nausa solicitó la investigación de la queja radicada en su contra por su compañero de trabajo Omar Alberto Manrique ante el Comité de Convivencia Laboral de la demandada por agresiones verbales suscitadas el 16 de julio de 2013 y en esa comunicación resalta: *"Agradezco de antemano a este Comité la atención y trámite que se le dé a mi situación ya que cada día que pasa me siento más perseguido laboral y sindicalmente al extremo de que mi salud se está deteriorando cada día más por todas estas preocupaciones, las cuales son injustas y causadas por algunos funcionarios contratados por la multinacional Votorantim"*. De esta documental se infiere que es OCHOA NAUSA quien despliega conductas de acoso laboral contra uno de sus compañeros y que si bien, posiblemente él (demandante) es víctima de conductas de este tipo, las mismas no provienen de la aquí demandada si no de la empresa Votorantim. En este punto es importante recordar que estos comportamientos siempre deben emanar de personas naturales, sin que en el asunto se haya individualizado qué funcionario de la compañía demandada tipificó el proceder endilgado, pues conforme a las previsiones del art. 2 de la Ley 1010/06 pese a que la norma se refiere a un empleador, ella de ninguna manera puede ser trasladada a una persona jurídica por ser una ficción legal que está representada por personas naturales. Finalmente de los hechos 41 y 34 (fls. 304 y 307) se tiene que los accionantes presentaron su renuncia el 15 de enero de 2015, al considerar que fueron objeto de discriminación, persecución y acoso laboral por parte de ACERIAS PAZ DEL RÍO EN REESTRUCTURACIÓN.

Conforme a todo lo anterior La Sala no puede llegar a conclusión distinta a la que llegó la Juez de primer grado, pues en efecto se advierte que en el asunto operó el fenómeno de la caducidad previsto en el art. 18 Ley 1010/06 ya que entre cada una de las fechas descritas en los hechos del libelo introductor y el momento en que se radicó esta demanda (31 de marzo de 2016 – fl 326) fue superado el término de 6 meses para acudir ante el Juez del trabajo, por lo que las mismas caducaron y por esta razón se ha de **CONFIRMAR** la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del 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 Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

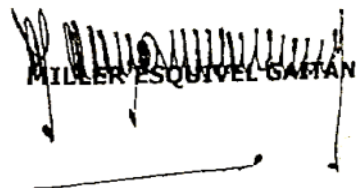
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 TOBÍAS ÁLVAREZ MOLANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN. Rad. 2017 – 00303 01. Juz. 14.

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

TOBÍAS ÁLVAREZ MOLANO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN representado por su vocera FIDUPREVISORA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 74 y 75.

DECLARATIVAS:

- Que laboró por más de 20 años al ISS y a la ESE POLICARPA SALAVARRIETA
- Que el ISS debe asumir los aportes a pensiones por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1976 al 31 de marzo de 1983 en que no lo afilió
- Que COLPENSIONES debe pagar la pensión de jubilación conforme al artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 con el 100% de sus ingresos
- Indexación
- Que el sueldo era de \$1.351.538

CONDENATORIAS:

- Se condene al ISS a pagar los aportes pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1975 y el 31 de marzo de 1983

- Reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme al Decreto 1653 de 1977 en cuantía inicial de \$1.351.538 a partir del 15 de septiembre de 2011
- La indexación de la mesada pensional
- Facultades ultra y extra petita
- Las costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 71 a 73. Indica que nació el 15 de septiembre de 1956 por lo que cuenta con más de 55 años y laboró con el ISS desde el 1º de agosto de 1975 hasta el 26 de junio de 2003, esto es más de 26 años, desempeñando el cargo de auxiliar de servicios asistenciales o auxiliar de enfermería. Afirma que entre el 1º de agosto de 1975 y el 31 de marzo de 1983 laboró mediante contratos de trabajo a término fijo certificados por la División de Personal del ISS y sin afiliación a seguridad social en pensiones donde solo fue afiliado el 15 de abril de 1983.

Informa que fue trasladado a la ESE POLICARPA SALAVARRIETA el 26 de junio de 2003 donde prestó servicios hasta el 19 de junio de 2008, por lo que supera los 20 años de servicios que exige la norma y en la historia laboral refleja cotizaciones por 1.130 semanas ya que no se observan los pagos de algunos periodos por lo que solicitó la corrección de la historia laboral.

Indica que le salario devengado era de \$1.351.583 como lo certifica el departamento de recursos humanos de fecha mayo de 2007 y que mediante Resolución 0657 del 15 de mayo de 2012 el ISS le negó la pensión de jubilación y COLPENSIONES mediante resolución GNR 252088 igualmente negó el reconocimiento pensional.

Actuación Procesal

Admitida la demanda el 10 de julio de 2018 (fl. 127 a 128) por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas dieron contestación a la demanda en los siguientes términos:

COLPENSIONES en escrito visible a folios 177 a 184

- Se opuso a totalidad de las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante y las documentales aportadas con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos de la demanda.

- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN – PAR ISS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda como se observa a folios 185 a 189

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con las pruebas documentales aportadas y manifestó que no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepción previa la de falta de legitimación por pasiva y como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, pago, buena fe y las declarables de oficio.

Se vinculó a la UGPP en audiencia del 11 de septiembre de 2019 (fl. 229) y una vez notificada, contestó la demanda como se observa a folios 242 a 247

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda
- Propuso como excepciones de fondo las de causa para demandar, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la parte actora, falta de requisitos de procedibilidad y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020 en la que dispuso declarar que el demandante tiene derecho a que se pague en su favor el cálculo actuarial por los siguientes periodos:

- 7 de julio a 24 de agosto de 1981
- 3 de diciembre de 1982 al 13 de enero de 1983
- 17 de enero al 16 de febrero de 1983
- 17 de febrero al 9 de marzo de 1983
- 10 de marzo al 13 de abril de 1981
- 15 de mayo al 7 de junio de 1984
- 11 de junio al 30 de junio de 1984
- 3 de octubre al 20 de noviembre de 1984

- 10 de diciembre de 1984 al 1º de enero de 1985
- 2 al 23 de enero de 1985
- 6 al 15 de junio de 1985
- 12 de julio al 1º de agosto de 1986
- 1º al 23 de abril de 1987
- 27 de abril al 26 de junio de 1987
- 30 de junio al 29 de octubre de 1987
- 3 de noviembre de 1987 al 10 de febrero de 1988

Condenó a FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR – ISS a pagar el cálculo actuarial por los periodos señalados a ordenes de COLPENSIONES sobre la base del salario mínimo legal vigente para cada anualidad, previa elaboración de este por parte de COLPENSIONES. Absolvió a las demandadas UGPP y COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa y cobro de lo no debido invocadas por las demandadas UGPP y COLPENSIONES y condenó en costas a FIDUAGRARIA S.A. como vocera del PAR – ISS.

Para llegar a esa determinación indicó que la norma que establecía que no se causaba al pago de prestaciones para los trabajadores que se vincularan por periodos menores a 3 meses en labores temporales, no se aplica conforme a las sentencias T-112 de 2019 y la sentencia SL-22169 de 2004 y por lo tanto no podía desconocerse el pago de los aportes pensionales, por lo que se debe efectuar el pago de los periodos que laboró como supernumerario y que se encuentran acreditados conforme a folios 7 y 8 y folios 16 y 17 y el CD aportado por la UGPP, que no fueron en forma continua como lo solicitó el actor, sino en forma interrumpida, máxime cuando la vinculación se dio como supernumerario ya que solo fue afiliado a partir del 15 de abril de 1983 por lo que procede el pago del cálculo actuarial por 679 días conforme al salario mínimo pues no se probó el salario que devengó el trabajador.

Tuvo en cuenta que el demandante no era beneficiario del régimen de transición para que le fuera aplicable el Decreto 1653 de 1977 y que tuvo dos vinculaciones como servidor público durante más de un año además de interrupciones laborales, por lo que no acreditó haber prestado servicios por los 20 años requeridos como funcionario de la seguridad social y que era deber de la FIDUPREVISORA S.A. el pago conforme al numeral 4º del contrato de fiducia.

Recurso de apelación

Parte demandante: Presentó recurso de apelación para lo que argumentó que conforme a las certificaciones aportadas si bien el actor fue supernumerario se infiere de las documentales que la labor fue permanente e ininterrumpida y que se debe dar aplicación a la convención colectiva para hacer el cálculo del salario devengado conforme a la convención.

Parte demandada: Manifestó que no le corresponde a la FIDUPREVISORA S.A. el pago del cálculo actuarial dada la situación en que se encuentra la demandada, pues a ella solo le corresponde el pago de remanentes que dejó la liquidación de los asuntos que el ISS no pudo atender en el periodo 2012 a 2015 por el déficit financiero y administrativo. Solicita se revoque la sentencia pues conforme al contrato de fiducia no se especificó el pago del cálculo actuarial y el demandante debía hacerse parte dentro del proceso de liquidación como acreedor para que se le hubiera reconocido esa situación.

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

Parte demandante: Solicita se revoque parcialmente la sentencia proferida y se condene a Colpensiones a incluir y reconocer en la historia laboral del actor los aportes del periodo de 1 de agosto de 1975 hasta el 31 de marzo de 1983, debido a que fue probado en el proceso que el actor cotizaba en ese tiempo y laboró sin solución de continuidad en el cargo de auxiliar de servicios administrativos o auxiliar de farmacia siendo un funcionario de la seguridad social. Así mismo pide se determine las normas a aplicar en el caso, pero no se decida desfavorablemente para el demandante y que se dé la aplicación de la condición más beneficiosa.

Parte demandada: Pide se confirme la sentencia proferida y que sean tenidos en cuenta sus argumentos expuestos en la contestación de la demanda, ya que al demandante no le corresponde ser beneficiario de la mesada 14 y a su vez el pago de la pensión convencional solicitada, esto es porque su antiguo empleador, el obligado convencionalmente, dejó de existir.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes 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".

Parte demandante.-

Contratos ininterrumpidos y salario en los términos de la convención colectiva.- Señala el recurrente que conforme a las certificaciones aportadas se infiere que la labor fue permanente e ininterrumpida, por lo que procede a revisar las certificaciones aportadas al proceso respecto a la existencia de los periodos laborados por el demandante al ISS entre el 1º de agosto de 1975 y el 31 de marzo de 1983 como se solicita en la demanda.

Es cierto que el demandante aportó con la demanda la certificación de fecha 1º de julio de 1997 donde el ISS – Sogamoso refrenda que el actor laboró desde el 1º de agosto de 1975 como auxiliar de servicios asistenciales Grado 12F 8 hora Registro 7052. (fls. 7 y 8)

Igualmente, aportó las certificaciones que obran a folios 16 y 17 expedidas por el ISS el 21 de abril de 1987 en la que se indica que el actor realizó remplazos con nombramiento Supernumerario como auxiliar de servicios asistenciales (enfermería) en la Clínica Sogamoso en los siguientes periodos:

- 7 de julio a 24 de agosto de 1981
- 13 de diciembre de 1982 al 13 de enero de 1983
- 17 de enero al 16 de febrero de 1983
- 17 de febrero al 9 de marzo de 1983
- 10 de marzo al 13 de abril de 1981
- 15 de abril al 14 de julio de 1983
- 15 de julio al 30 de agosto de 1983
- 1º de septiembre al 30 de diciembre de 1983
- 1º de enero al 15 de abril de 1984
- 15 de mayo al 7 de junio de 1984
- 11 de junio al 30 de julio de 1984
- 3 de octubre al 20 de noviembre de 1984
- 10 de diciembre de 1984 al 1º de enero de 1985

- 2 al 23 de enero de 1985
- 6 al 15 de julio de 1985
- 12 de julio al 1º de agosto de 1986
- 1º de abril al 26 de julio de 1987
- 27 de abril al 26 de julio de 1987

Igualmente se aportó por la UGPP el CD que obra a folio 233 en el que en el documento actualizado C.C.-6761120-400 (15), donde se observa la certificación correspondiente a los tiempos laborados como supernumerario donde se agregan dos periodos a saber: del 30 de junio al 29 de octubre de 1987 y del 3 de noviembre de 1987 al 10 de febrero de 1988, los que se tuvieron en cuenta en la sentencia.

Se excluyen del cálculo actuarial los periodos laborados como supernumerario contenidos en las mencionadas certificaciones y que corresponden a los periodos comprendidos entre el 15 de abril de 1983 y el 15 de abril de 1984 (fl. 16 y 17) por cuanto en esa época, al superar el término de artículo 83 de Decreto 1042 de 1987 fueron cotizados al ISS, como se acredita con el resumen de semanas de cotización que se observa a folios 165 a 173 donde aparecen cotizadas por dicho periodo 54.57 semanas.

De lo anterior, no es posible concluir que la vinculación del demandante con el ISS lo fue de manera continua, pues es claro que conforme a las certificaciones el actor laboró como supernumerario durante los periodos mencionados, lo que motivó que el ISS no cancelara los aportes pensionales ya que para entonces se fundamentaba en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978.

En cuanto al reconocimiento de prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que laboraban por lapsos inferiores a los tres meses, establecido por el inciso 5º del artículo 83 del Decreto mencionado la sentencia c-401 de 1998 señaló:

"24. Para esta Corporación el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad.

25. Adicionalmente, la restricción que se viene comentando desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Puede decirse que, ante la incapacidad de negociar las condiciones legales de ejercicio del cargo, es la misma ley la que resulta imponiendo al servidor transitorio la inconstitucional renuncia a esta categoría de beneficios mínimos que constituyen las prestaciones sociales reconocidas a los servidores público.”

Conforme a lo expuesto, se ha de confirmar la decisión de primera instancia en lo relacionado con el pago del cálculo actuarial por los diversos contratos de trabajo demostrados, y no de uno solo como lo pretende el recurrente, pues de las pruebas aportadas se puede concluir que la relación no fue continua, sino que se dio con diferentes interrupciones como quedó acreditado.

En cuanto al salario devengado, manifiesta el recurrente que se debe dar aplicación a la convención colectiva para hacer el cálculo del salario conforme a la convención; sin embargo, debe señalarse que en modo alguno se demostró en el proceso cuál fue el salario que devengó el actor durante los diferentes contratos mediante los cuales prestó sus servicios al ISS, ya que, en las certificaciones, única prueba aportada, nada se indica al respecto.

Ahora, para determinar el valor del salario conforme a la Convención Colectiva vista a folios 50 a 68 si bien en ella se establece en el artículo 38 (fl. 63) el aumento de los salarios básicos para los trabajadores oficiales beneficiarios de la convención, lo cierto es que la documental aportada tiene vigencia para los años 2002 en adelante y los vínculos laborales a que hace referencia la presente sentencia corresponden a periodos comprendidos entre 1975 y 1987, por lo que no es posible dar aplicación a la mencionada convención para determinar el salario devengado por el actor pues no se encontraba vigente para la época en que se prestaron los servicios.

Por esta razón, se mantendrá la decisión del A-quo en cuanto a que el cálculo actuarial se debe realizar tomando como salario el mínimo legal vigente para cada anualidad.

Parte demandada FIDUPREVISORA S.A.- Considera que no le corresponde a la FIDUPREVISORA S.A. el pago del cálculo actuarial dada la situación en que se encuentra la demandada, pues a ella solo le corresponde el pago de remanentes que dejó la liquidación de los asuntos que el ISS no pudo atender en el periodo 2012 a 2015 por el déficit financiero y administrativo y que conforme al contrato de fiducia no se especificó el pago del cálculo actuarial y el demandante debió hacerse parte

dentro del proceso de liquidación como acreedor para que se le hubiera reconocido el derecho.

El artículo 3 del Decreto 414 de 2001 por el cual se reglamentan los artículos 25 y 26 del Decreto 254 del 21 de febrero de 2000 sobre el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, establece que “[...] Si terminado el proceso de liquidación sobreviven a éste, procesos judiciales o reclamaciones, los mismos serán atendidos por la entidad que, de conformidad con el párrafo 1o. del artículo 52 de la ley 489 de 1998, haya sido señalada en el acto que ordenó la liquidación como receptora de los inventarios de bienes y subrogataria de los derechos y obligaciones de la entidad liquidada.”, en éste caso la FIDUPREVISORA S.A.

Adicionalmente, en un caso similar al aquí planteado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL- 2736 de 2019 impuso dicha condena a la FIDUPREVISORA y señaló lo siguiente:

"En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia del a quo para en su lugar condenar al Instituto de Seguros Sociales en liquidación (empleador), hoy Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduciaria S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en liquidación, a pagar y transferir a Colpensiones los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en pensiones del 21 de noviembre de 1995 al 30 de noviembre de 2003), teniendo como ingreso base de cotización el monto de los honorarios fijados para cada contrato en los años 1995 a 2000 ..."

En razón a las motivaciones expuestas, se CONFIRMA la sentencia impugnada en todas sus partes.

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

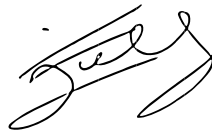
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia la sentencia proferida por el Juzgado catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de noviembre de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

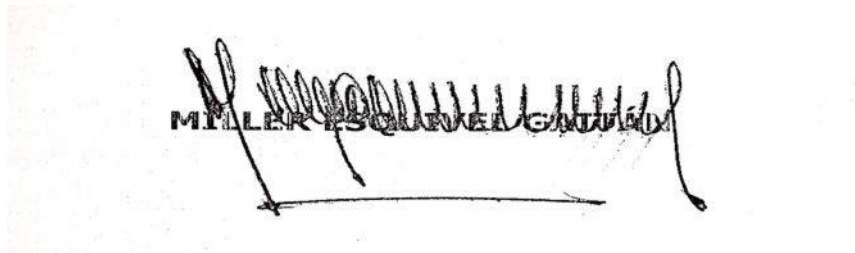
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM 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 ROBERTO RÍOS LOZANO CONTRA COLPENSIONES y FIDUAGRARIA S.A. como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO del liquidado BANCO CAFETERO. Rad. 2016 – 00624 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 proferir la siguiente

SENTENCIA

ROBERTO RÍOS LOZANO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a FIDUAGRARIA S.A. como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL LIQUIDADO BANCO CAFETERO para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 128 y 129.

- Se declare que la pensión de jubilación reconocida al demandante por el BANCO CAFETERO mediante Resolución 072 del 11 de junio de 1997 es compatible con la pensión de vejez reconocida por el ISS por Resolución 001219 del 27 de mayo de 2002
- Se declare que para la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985 tenía 43 años y 18 años de servicios, por lo que contaba con la garantía de sus derechos adquiridos.
- Se declare que las obligaciones pensionales reconocidas tienen una causa diferente
- Se decrete que COLPENSIONES debe cancelar la pensión de vejez en forma completa y con los reajustes de ley a partir del 1º de enero de 2003 una vez descontadas las sumas ya pagadas
- Se decrete que FIDUAGRARIA S.A. debe cancelar la pensión de jubilación reconocida por Resolución 072 de 1997 con los reajustes legales desde el 1º de enero de 1998 una vez descontadas las sumas ya pagadas
- Facultades ultra y extra petita

- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 129 a 132. Señala que el BANCO CAFETERO reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 072 del 11 de junio de 1997 por haber laborado 20 años y 2 meses y contar con 55 años de edad en la que se estableció una cláusula destinada a compartir la pensión de jubilación cuando el pensionado obtuviera el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS. Que para cuando entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985 el actor tenía 43 años 8 meses y había laborado 18 años 4 meses.

Señala que el ISS le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución 001219 del 27 de mayo de 2002 a partir del 22 de junio de 2002 por haber cotizado 1184 semanas y contar con 60 años. Que presentó reclamación administrativa el 26 de julio de 2016 ante las accionadas, la que fue respondida negativamente por la FIDUPREVISORA sin que COLPENSIONES a la fecha hubiera hecho manifestación alguna.

Informa que el actor cuenta con 74 años de edad a la presentación de la demanda y por su estado de salud requiere de especial protección del Estado. Que COLPENSIONES remplazó en sus funciones al ISS conforme a la Ley 1151 de 2007 y mediante Resolución 3060 del 10 de noviembre de 2010 el ISS aceptó la conmutación de las pensiones de jubilación reconocida por el BANCO CAFETERO y que conforme al contrato de fiducia celebrado entre FOGAFIN, FIDUAGRARIA Y EL BANCO POPULAR su duración sería de 20 años.

Señala que el BANCO POPULAR fue liquidado mediante Resolución 096 del 30 de diciembre de 2010 y que el Consejo de Estado ha reconocido la compatibilidad de las dos pensiones en respeto a los derechos adquiridos.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y notificadas las accionadas y a la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado correspondiente, contestaron la demanda de la siguiente manera: COLPENSIONES contestó la demanda como se observa a fls. 227 a 236:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante y las Resoluciones de reconocimiento pensional. Negó o manifestó que no le constaban los demás hechos.

- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO BANCO CAFETERO EN LIQUIDACIÓN, contestó la demanda como se observa a folios 258 a 269.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó lo relacionado con el reconocimiento pensional y manifestó que no le constaban los demás hechos.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la relación legal y/o contractual entre el demandante y FUDIAGRARIA S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación y la innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 27 de agosto de 2020 en la cual ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, propuestas por las demandadas y condenó en costas al demandante.

La juez A-quo señaló en la sentencia, respecto de la compatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por el BANCO CAFETERO con la pensión de vejez reconocida por el ISS, tuvo en cuenta las sentencia 8 de agosto de 1997 radicado 9444 y del 30 de enero de 2001 radicado 14207, para concluir que la pensión de jubilación reconocida al actor no es compatible con la pensión de vejez reconocida por el ISS conforme al Acuerdo 029 de 1985 pues se trata de dos pensiones de orden legal y en este caso las pensiones fueron reconocidas con posterioridad a la vigencia del mencionado acuerdo, por lo que solo era aplicable el fenómeno de la compartibilidad. Declaró probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y condenó en costas a la parte actora.

Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que no se trata de una pensión convencional sino de una pensión conforme a la Ley 33 de 1985 conforme a la Resolución de reconocimiento pensional y se funda en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicados 16891 de 2002 y 14163 de 2000 donde trata el problema en estudio y señaló que las dos pensiones subsisten por lo que considera que prosperan las pretensiones de la demanda ya que la situación del actor es una situación especial lo que omitió COLPENSIONES comunicar al Banco Cafetero.

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

Parte demandante: solicita se revoque la sentencia debido a que la juez violó el principio de congruencia al decidir algo distinto a lo probado dentro del proceso. Dice que no se tuvo en cuenta que no se aplica el código sustantivo del trabajo sino los estatutos especiales al caso, que el actor al momento de su retiro del servicio ya cumplía con el requisito del tiempo para la pensión vitalicia de jubilación oficial y solo le faltaba el requisito de la edad. De la misma forma que se violó el principio de la ley y tampoco se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial de las altas cortes y no dio aplicación a estos para la pensión y los intereses moratorios, que la pensión otorgada al demandante fue por régimen legal contenido en estatutos especiales y no una pensión extralegal, por lo que su pensión es compatible con la de vejez reconocida por el ISS según la fecha de retiro. Dice además que el actor fue un servidor público y por esto le fue otorgada su pensión de carácter legal y que al ser los fondos de pensiones patrimonios autónomos no se estaría obteniendo dos pensiones del tesoro público.

Parte demandada:

- **FIDUAGRARIA:** pide sea absuelta de todas las pretensiones en razón a que en la demanda de este proceso no se notificó al Banco cafetero antes de su extinción definitiva por lo que el caso del actor no fue entregado para la administración de FIDUAGRARIA. De igual manera que esta entidad solo es la vocera y administradora del extinto banco por lo que no puede ser sucesora legal y subrogarse en la posición de este.

- **COLPENSIONES:** solicita se confirme el fallo en razón a que las pensiones reconocidas al demandante por el banco Cafetero y el ISS son incompatibles con cualquier otra asignación del tesoro público e igualmente fueron reconocidas con posterioridad a 1985 donde se permitía la compatibilidad.
- **FUDUPREVISORA:** requiere se confirme la sentencia proferida porque el demandante no es beneficiario de la compatibilidad pensional que pide al ser su pensión una asignación del tesoro publico

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", por lo que procede La Sala a determinar si en este caso procede la compatibilidad entre las pensiones de jubilación reconocidas por el BANCAFE y la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Argumenta la parte actora que conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicados 16891 de 2002 y 14163 de 2000 que estudiaron el problema aquí planteado las dos pensiones subsisten, por lo que se pasa a revisar su dicho.

Lo primero que se observa es que la sentencia 14163 del año 2000 Magistrado Ponente Francisco Escobar Enríquez señaló:

"El examen de las motivaciones de la sentencia impugnada permite concluir que los cargos son inexactos al definir los supuestos de hecho de dicha providencia y tampoco critican su verdadero fundamento jurídico. En efecto, interesa resaltar y reiterar que el Tribunal, al contrario de lo que afirman los ataques, no entendió que el demandante fuera pura y simplemente un trabajador oficial, ya que aclaró que a raíz de la fusión del Banco del Comercio al de Bogotá el señor Cervantes Mutto perdió su condición de trabajador oficial antes de adquirir el derecho a la jubilación "...pero como 'la sustitución de patronos no afecta el proceso de generación del derecho a la pensión, siempre y cuando la empresa, a pesar de la sustitución, continúe siendo una misma unidad de explotación económica' (Cas. Octubre 8/66), como en el caso que nos ocupa, se tiene que la empresa sustituta, Banco de Bogotá, debe asumir las obligaciones nacidas con anterioridad a la fusión, en virtud de la figura de la sustitución patronal, esto es el reconocimiento de la pensión de jubilación al actor con 20 años de servicio y 55 años de edad..."

De donde se puede concluir que el tema objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia en esa oportunidad en nada hace relación a la compatibilidad pensional que aquí se pretende y la sentencia 16891 del 7 de febrero de 2002 radicado 16891, relativa a la asunción de riesgos por parte del ISS, trató sobre una pensión de estirpe extralegal, pues señaló que *"la edad a partir de la cual se reconoció es inferior a la establecida en la ley vigente, aplicable a los trabajadores oficiales para la época (fl. 6,82) art. 32 convencional, tal como lo tiene sentado la Jurisprudencia..."*, luego no es una situación similar a la que en esta oportunidad se estudia pues aquí se trata de una pensión de carácter legal conforme al Resolución aportada al proceso (fls. 5 a 7) según la cual al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos de la Ley 33 de 1985 con concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 2143 de 1995 a partir del 22 de enero de 1997.

Es de resaltar que la mencionada Resolución en su artículo 5º estableció que: *"cuando el pensionado obtenga el reconocimiento de la pensión por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o de la entidad administradora de pensiones, a BANCAFE sólo le asistirá la obligación de reconocer la diferencia entre la pensión otorgada por el otro organismo y la que esté pagando BANCAFE si esta fuere mayor y nada deberá pagar si la pensión otorgada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o la administradora de Pensiones fuere igual o superior."*

Igualmente, se observa a folio 8 la Resolución expedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 27 de mayo de 2002 mediante la cual se reconoce al actor la pensión de vejez conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de junio de 2002.

Cuando la pensión se reconoce con posterioridad al 17 de octubre de 1985 como en este caso, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 1985 que en su artículo 5º indica: *"Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono."*

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Ante la problemática que se presenta en el reconocimiento de tales prestaciones se ha indicado por la jurisprudencia que la compatibilidad de una pensión de jubilación y una de vejez estaría permitida cuando esta última se conforma con aportes provenientes del sector privado o cotizaciones abonadas en calidad de trabajador independiente y si, por el contrario, la pensión de vejez que se pretende involucra tiempos o cotizaciones provenientes del sector público, resulta incompatible con la pensión de jubilación cuya financiación se encuentra en los aportes o cotizaciones realizadas en virtud del tiempo público.

Al respecto la sentencia SL1392 de 2018 en un caso similar al aquí planteado expresó:

"En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1º de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social."

De lo anterior se concluye que como en el caso en estudio tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes a pensión correspondientes al ISS durante la vinculación laboral, lo que procede es la compartibilidad de las pensiones, esto es el pago por parte de BANCAFE del mayor valor en caso de existir y no la compatibilidad como lo pretende la recurrente.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de agosto 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.

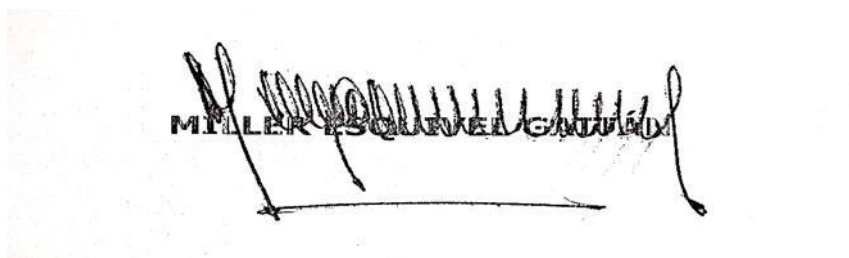
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE ELVIRA BERNATE CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00459
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

ELVIRA BERNATE demandó a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 25 y 26.

- Se declare que le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de madre de RUBÉN DARÍO BERNATE
- Se condene a PORVENIR S.A. a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de enero de 2018, fecha de fallecimiento de su hijo RUBÉN DARÍO BERNATE
- Intereses de mora
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos fundamento de la demanda obran a folios 23 a 25. Manifiesta que el hijo de la accionante falleció el 13 de enero de 2018 a causa de un infarto cardiaco. Que el afiliado RUBÉN DARÍO BERNATE se encontraba vinculado laboralmente con la Fundación Hijas de la Caridad de San Vicente de Paul y afiliado a PORVENIR cotizando desde el año 2008; no tenía cónyuge, hijos, ni compañera permanente y tenía a cargo

a su señora madre ELVIRA BERNATE con quien vivía en el municipio de Soacha donde pagaba arriendo a la señora MARÍA HELENA CÓRDOBA MARTÍNEZ. Informa que la actora es una persona discapacitada que padece artritis reumatoidea y requiere ayuda de muletas para movilizarse, además de ser una persona de la tercera edad que no cuenta con pensión ni renta alguna que le permita sufragar sus gastos.

Indica que PROVENIR le negó la prestación con el argumento de que ella no dependía de manera total y absoluta de su hijo puesto que no la tenía afiliada a la EPS como beneficiaria, pero que ella está afiliada al régimen subsidiado desde antes que su hijo estuviera vinculado laboralmente. Que presentó acción de tutela, la que fue negada por existir otra vía como mecanismo de defensa de sus derechos.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó de la siguiente forma: (fls. 43 a 51)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- En cuanto a los hechos manifestó que son ciertos los relacionados con el fallecimiento del señor RUBÉN DARÍO BERNATE, la afiliación a PORVENIR S.A., la ausencia de cónyuge, hijos y compañera permanente y la tutela interpuesta, negó o manifestó que no le constaban los demás.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 13 de agosto de 2020 en la que decidió declarar que la señora ELVIRA BERNATE tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de enero de 2018 en cuantía de un salario mínimo legal por 13 mesadas anuales y al pago de las mesadas causadas desde la fecha mencionada. Condenó al fondo al pago de los intereses de mora a partir del 28 de junio de 2018 y hasta el pago efectivo del retroactivo causado y autorizó el descuento del valor correspondiente a los aportes a salud. Declaró no probadas las

excepciones propuestas, absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y la condenó al pago de las costas del proceso.

La Juez A-quo manifestó que se encontraba probado que el afiliado era hijo de la demandante, que falleció el 13 de enero de 2018, que estaba afiliado a PORVENIR y que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión al Fondo quien resolvió de manera desfavorable la petición. Señaló que el afiliado había cotizado dentro de los tres años anteriores al fallecimiento un total de 135 semanas. En cuanto a la pensión de sobreviviente indicó que la norma vigente para resolver es la conforme a la fecha de fallecimiento del afiliado, 13 de enero de 2018, era la Ley 797 de 2003, que exige como requisitos haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores, lo que se cumple a cabalidad pues el afiliado contaba con 135 semanas en los 3 últimos años. Que conforme al artículo 74 de la norma citada, son beneficiarios los padres del causante lo que se encuentra acreditado con la documental vista a folio 12 y respecto a la dependencia económica del causante indicó que la Corte suprema de justicia ha indicado que esta no debe ser total y absoluta, siempre y cuando los ingresos que perciba no los convierta en autosuficientes para lo que citó las sentencias SL-6390 de 2016 y SL-1804 de 2018 por lo que revisado el material probatorio se encontraba demostrado que el causante era quien asumía la ayuda económica ya que su otro hijo tiene un vínculo familiar que no le permitía colaborar conforme al testigo NIÑO TORRES quien manifestó que era el causante quien procuraba el sostenimiento de ella con quien convivía y que el hermano que ha tenido que asumir los gastos cuando percibe un salario mínimo y tiene 4 hijos por lo que la ayuda que le suministra es mínima y si bien convivió con el hijo Giovanni lo fue de manera temporal, de lo que concluyó que la ayuda que su hijo Rubén le suministraba era de tal calidad que con ello sufragaba sus necesidades básicas ya que ella no cuenta con recursos para sustentarse y tiene una enfermedad limitante como es la artritis reumatoidea. En cuanto a la afiliación a la seguridad social señaló que no es argumento para negar la pensión ya que ella estaba afiliada al régimen subsidiado por cuanto su hijo no tenía trabajo continuo y ella necesitaba la atención en salud de manera constante debido a su enfermedad. Con fundamento en ello reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 13 de enero de 2018 en cuantía de un salario mínimo legal por 13 mesadas anuales, de lo cual deberá descontarse el valor correspondiente a los aportes a salud. Condenó al pago de los intereses de mora a partir del 28 de junio de 2018 hasta la fecha en que se efectúe el pago del retroactivo, por cuanto no se reconoció la prestación en su oportunidad y por ello se causó un retroactivo, puesto

que no encontró probada la existencia de una causal objetiva o duda respecto al derecho reclamado por la demandante.

Apelación de PORVENIR S.A.

El apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para lo que manifestó que la mesada pensional se causa desde el 14 de enero de 2013, día siguiente al fallecimiento del afiliado y que no está demostrada la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido por cuanto ella no vivía en Bogotá como lo indica ella misma en el interrogatorio y si ella estaba afiliada al Sisbén en el Tolima nada tenía a que asistir en Bogotá por lo que ella vivía era en el Tolima y que la parte actora tenía que demostrar cuál era el subsidio que recibía de su hijo Rubén. Manifiesta que debía demostrar cómo era el aporte, pues quien le daba y sigue dando el aporte hasta hoy el otro hijo Giovanni. Señala que eran razones suficientes para que PORVENIR negara la pensión, lo que se castiga hoy con la condena al pago de los intereses de mora por lo que solicita se revise el tema de los intereses por existir una razón para negar la prestación lo que funda en la reclamación que obra a fl. 53.

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

Parte demandante: Solicita se confirme el fallo proferido en razón a que a la actora le corresponde la pensión de sobreviviente porque dependía económicamente del causante, su hijo, al no poder depender de sí misma por una enfermedad degenerativa, que su otro hijo no cuenta con las condiciones económicas para mantenerla a ella y que el hijo fallecido no contaba con pareja e hijos, por lo que cumpliría esta todos los requisitos legales.

Parte demandada: Pide se revoque la condena proferida debido a que la entidad actuó de buena fe por no conceder inicialmente la pensión de sobreviviente al no encontrar que la actora cumpliera con los requisitos pensionales de convivencia y dependencia económica con el causante según lo establecido por la jurisprudencia, además que estos requisitos no fueron probados dentro del proceso.

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".

No es tema de controversia, además de encontrarse acreditado en el proceso con la prueba documental, que el afiliado RUBÉN DARÍO BERNATE era hijo de la demandante, que falleció el 13 de enero de 2018; que se encontraba afiliado a PORVENIR S.A. y que había cotizado dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento un total de 135 semanas. La inconformidad radica en que PORVENIR S.A. considera que no se demostró la dependencia económica de la señora MARÍA BERNATE respecto de su hijo fallecido, respecto a la fecha del reconocimiento pensional y sobre la procedencia de la condena al pago de los intereses de mora.

Sustitución pensional

En cuanto a la pensión de sobreviviente la norma a tener en cuenta para resolver es la vigente a la fecha de fallecimiento del señor RUBÉN DARÍO BERNATE que lo fue el 13 de enero de 2018 por lo que respecto a la inconformidad de la parte demandada en cuanto a la dependencia económica, se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 797 de 2003, que señala que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (de forma total y absoluta) de este; lo que fue declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte que indicaba que la dependencia debía ser en forma total y absoluta, lo cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006.

La sentencia SL 2012 de 2020 en un caso similar al aquí planteado manifestó lo siguiente:

"En efecto, conforme lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL18517-2017, CSJ SL12185-2016 y CSJ SL816-2013, la existencia de dependencia económica de la madre o padre en relación con su

descendiente, es un asunto que debe establecerse en perspectiva de las particularidades de cada caso, por lo que importa determinar, primero, si el reclamante cuenta con ingresos adicionales, como quedó visto en el caso; segundo, si estos son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento y necesidades básicas y, tercero, si de ser precarios, el apoyo o ayuda económica, aunque fuere parcial, era determinante para llevar una vida en condiciones dignas, con el objeto de establecer si la dependencia del beneficiario, respecto del causante, es fundamental. "

Sobre la dependencia económica y si bien es cierto que en la historia clínica se observa que fue la señora MARÍA BERNATE fue atendida en el Hospital Serafín Montaña Cuellar con sede en San Luis (Tolima) durante los años 2013 a 2016 (fl. 17 a 22) y que padece de artritis reumatoidea desde los 25 años, lo cual permite presumir que en efecto la señora BERNATE vivía en el Tolima por lo menos hasta el año 2016; también lo es que la señora ELVIRA BERNATE manifestó en el interrogatorio de parte que el causante era quien le proporcionaba alimentación, arriendo y medicamentos y que estuvo con uno de sus hijos en el Tolima de manera temporal, pues Giovanni tiene su propio núcleo familiar lo que le impide aportarle una ayuda y no percibe ayudas del Estado ni tiene ingresos propios.

El señor Pedro Hernán Niño Torres dijo que Rubén era quien le aportaba para su gastos y que su hermano Giovanni es el "todero del edificio donde vive" y que lo acompañó a visitar a su madre quien vivía con el causante quien era la persona que aportaba lo necesario para su subsistencia y que Giovanni es ahora quien suple a la demandante y que sabe que devenga un salario mínimo legal y tiene 4 hijos por lo que la ayuda es muy reducida.

De lo anterior, se puede concluir que la demandante convivió en casa de su hijo RUBÉN DARIÓ BERNATE por lo menos los últimos años como se puede concluir de las pruebas testimoniales allegadas, en especial la de la testigo MARÍA HELENA CÓRDOBA MARTÍNEZ quien dijo conocerlos cuando Rubén llegó a la casa a buscar apartamento en arriendo en el año 2009 y él vivió en un apartamentico que no es independiente y que vivía con la mamá en la misma casa donde ella vive con su esposo sus hijos y una nieta. Afirma que él estuvo encargado de la salud y cuidado de la mamá y era quien pagaba el arriendo; sabe que ella tiene otro hijo de nombre Giovanni quien la visitó unas cinco veces durante ese tiempo, que Elvira tiene artritis degenerativa y que el señor Rubén laboraba en un Centro Femenino en Sibaté donde en el año 2009 cuando

le presentó documentos devengaba ochocientos algo. Dice que Elvira vivía con Rubén y los fines de año se iban donde un familiar. Manifestó que la señora Elvira tenía salud pagada por Rubén, pero no sabe porque aparece afiliada a Sisbén. En cuanto a San Luis Tolima dijo no tener conocimiento.

De lo anterior se puede establecer en primer lugar, que la señora MARÍA BERNATE no cuenta con ingresos propios y que su sostenimiento dependía de los ingresos que le daban sus hijos Rubén y Giovanni como quedó visto conforme a las pruebas, sin que para ello tenga relevancia si vivía en Tolima o en Bogotá, pues podía convivir temporalmente con cada uno de ellos, puesto que eran quienes velaban por sus gastos ya que ella no se encuentra en condiciones de procurarse su propio sustento dadas sus condiciones de salud.

Ahora, en cuanto a que los ingresos que suministraba su hijo fallecido era relevantes para su sostenimiento, está demostrado que era quien pagaba el alquiler y sostenía sus gastos mínimos por lo menos mientras que vivió en casa de MARÍA HELENA CÓRDOBA, y que estos ingresos eran necesarios para satisfacer las necesidades básicas de la demandante, toda vez que su otro hijo si bien contribuía a su manutención es claro que su ayuda era y sigue siendo actualmente precaria, pues se trata de una persona que tiene como ingreso un salario mínimo legal y cuenta con una familia a su cargo, según lo indica el testigo Pedro Hernán Niño por lo que el apoyo o ayuda económica de su hijo Rubén aunque no fuera total, si era determinante para que ella pudiera llevar una vida en condiciones dignas, máxime cuando era su hijo soltero y sin hijos con quien convivió por lo menos los últimos años.

Ello se ha indicado la sentencia CSJ SL4103-2016, sobre los requisitos probatorios en comento, donde orientó:

"La jurisprudencia de esta Corte efectivamente ha dicho que se torna necesaria la prueba que demuestre que el causante contribuía para el sostenimiento económico de sus ascendientes, a fin de averiguar si esa ayuda ciertamente constituía un aporte esencial para el sustento, sin el cual no sería posible cubrir las necesidades básicas de un hogar."

Por otra parte, la información que reposa en el formulario de solicitud de reconocimiento pensional es muy escasa como para determinar que la demandante no

dependía económicamente de su hijo fallecido, pues lo único que se puede concluir es que los ingresos del grupo familiar eran de \$1.300.000 y que otro hermano del afiliado aportaba \$700.000, más no cuales era los aportes que cada uno realizaba para los gastos de sostenimiento de la demandante y cuales eran necesarios para hacerla autosuficiente, pues es claro que ella no devenga ingresos propios y es de resaltar que el Fondo realiza un estudio o investigación previo a resolver una petición de este carácter, lo que no obra en el expediente, por lo que no se encuentra probado que el Fondo tenía una duda o una razón suficientemente razonable para desconocer el derecho que reclamaba la accionante, pues la dependencia económica que se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes, no requiere que el peticionario se encuentre en situación de vulnerabilidad para adquirir el derecho, ya que el hecho de recibir ingresos de su otro hijo, no significa que tuviera autonomía económica para subsistir por sí misma sin la ayuda de su hijo fallecido, por lo que al dejar de percibir el aporte de su hijo Rubén se ve afectado su mínimo vital en un grado significativo, pues era quien claramente estaba en mejores condiciones económicas para contribuir a su sostenimiento, lo que de hechos hacía como se prueba con el testimonio de la señora María Helena Córdoba Martínez, razón por la que se confirmará la decisión respecto de la condena al pago de la pensión y de los intereses moratorios.

En relación con la fecha a partir de la cual debe reconocerse la prestación es necesario señalar que esta se causa a partir del día siguiente al fallecimiento del señor Rubén Bernate, por lo que se debe modificar el ordinal primero de la sentencia recurrida en cuanto a que la fecha a partir de la cual se reconoce la prestación es a partir del 14 de enero de 2018, toda vez que el afiliado falleció el día anterior.

Conforme a lo expuesto, se confirmará en lo demás la decisión de primera instancia.

COSTAS

Se confirman las impuestas en primera instancia. 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 primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2020, en el sentido de indicar que la pensión de sobrevivientes se reconoce a partir del 14 de enero de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

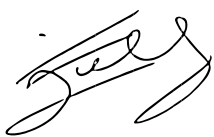
SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- COSTAS se confirma la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

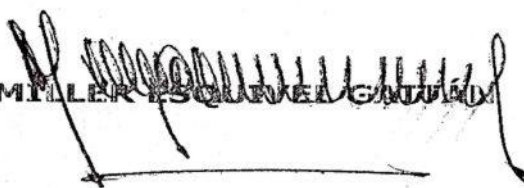
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA VERÓNICA JARA MEDINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00211 01. Juz. 24.

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

MARÍA VERÓNICA JARA MEDINA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge de EUGENIO RICO MORALES (q.e.p.d) por cumplir los requisitos del Decreto 758/90.
- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 22 de junio de 2003
- Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993
- Costas del proceso.

Los hechos fundamento de la demanda obran a folios 2 a 3. Indica que MARÍA VERÓNICA JARA MEDINA Y EUGENIO RICO MORALES (q.e.p.d) contrajeron matrimonio el 14 de marzo de 1975 y convivieron hasta el fallecimiento del señor RICO MORALES el 22 de junio de 2003. Que la demandante solicitó al COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 9 de enero de 2007 y mediante Resolución No. 41846 del 2007 el ISS negó la solicitud por considerar que no contaba con 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento y

existía declaración de separación de cuerpos de la señora JARA dentro del expediente, sin advertir que dicha separación se debía a razones de trabajo. Que la decisión anterior fue confirmada mediante Resolución 2992 de 2012 y posteriormente mediante Resolución GNR 133484 de 2015, COLPENSIONES resolvió negar la pensión de sobrevivientes, aunque esta vez se logró demostrar la convivencia, pero tuvo en cuenta que el afiliado aunque contabilizó con 549 semanas de cotización no contaba con las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó de la siguiente forma: (fls. 38 a 43)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constaban los hechos, salvo las Resoluciones que negaron el reconocimiento pensional
- Como excepciones de fondo propuso las de falta de causa para pedir y la innominada o genérica

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 10 de septiembre de 2020 en la que decidió absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de falta de causa para pedir y no condenó en costas.

La Juez A-quo encontró demostrada la convivencia de la demandante con el causante y señaló que la norma aplicable para el caso era la vigente al momento del fallecimiento del afiliado el 22 de junio de 2003 y por ello la norma que regulaba la materia era la Ley 797/03 artículo 12 y al no contar con las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento no había dejado causada la pensión de sobrevivientes. En cuanto a la aplicación de la condición más beneficiosa señaló que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL-2547/20 ha indicado que solo se puede aplicar la norma inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente al momento del siniestro por lo que no analizó el cumplimiento de los requisitos

contenidos en el Acuerdo 049/0 sino el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 los que no encontró acreditados pues el afiliado no cotizó durante 26 semanas anteriores al fallecimiento y por ello concluyó que no había dejado causada la pensión de sobrevivientes y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Apelación de la actora y Consulta

La apoderada de la señora JARA MEDINA interpone el recurso de apelación manifestando que si bien es cierto que el causante no cumplió los requisitos de la Ley 797/03 ni los de la Ley 100/93 si cumplió los requisitos del artículo 6º del Acuerdo 049/90 y citó la sentencia 16269 sin indicar el año, para argumentar que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa sí es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto están demostrados los requisitos para acceder a la prestación.

Igualmente, conoce esta Corporación del presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta.

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

Parte demandante: Solicita se revoque la sentencia proferida y se acedan a las pretensiones de la demanda ya que aplicando el principio de condición más beneficiosa el causante cumplió con los requisitos para dejar una pensión de sobrevivientes a la accionante en el proceso, según lo establecido en el acuerdo 049 de 1990

Parte demandada: Pide se confirme la sentencia proferida debido a que, mirando la norma aplicable según la fecha de fallecimiento del causante, este no cumplió con los requisitos para dejar una pensión de sobrevivientes, igualmente no se puede dar aplicación al acuerdo 049 de 1990 según la condición más beneficiosa por no ser esta norma la inmediatamente anterior a la aplicable del caso, y además dice los testigos del caso no fueron coincidentes.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se comprueba con la solicitud de sustitución pensional que presentara la señora MARÍA VERÓNICA JARA MEDINA el 9 de enero de 2007 y conforme a las resoluciones 41846 de 2007, 29982 de 2012 y GNR 133484 del 7 de mayo de 2015 (CD. fl. 24) que niegan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante.

Status de afiliado del causante

No es tema de controversia la calidad de afiliado del causante, como tampoco ha sido objeto de discusión que el señor EUGENIO RICO MORALES falleció el 22 de junio de 2003 y que la última cotización fue el 6 de febrero de 1997 cuando contaba con 549 semanas cotizadas.

Sustitución pensional

Reclama la señora MARÍA VERÓNICA JARA MORALES le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su esposo EUGENIO RICO MORALES que acaeció el día 22 de junio de 2003 en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Debe la Sala en primer lugar señalar que las normas aplicables son las que rigen al momento del fallecimiento del pensionado (22-06-2003), por lo que, en este caso, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, requisito que no cumplió el afiliado por cuanto, al dejar de cotizar el 6 de febrero de 1997 no había efectuado cotizaciones hasta la fecha del fallecimiento el 22 de junio de 2003, lo cual no ha sido objeto de controversia por las partes.

El objeto de la apelación radica en que se aplique la condición más beneficiosa al caso en estudio y en consecuencia no se aplique la Ley 100 de 1993 en su texto original,

requisito que tampoco cumplía el afiliado, sino el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 por resultarle más favorable.

Al respecto se tiene en cuenta lo que respecto a la aplicación de la condición más beneficiosa ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1938 de 2020 donde en un caso similar al aquí planteado expresó lo siguiente:

"Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general

sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, se reitera, esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular”.

Así las cosas, como la norma aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por ser la norma vigente en el momento en el que ocurrió el fallecimiento del afiliado, cuyos requisitos no se acreditan para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, la norma anterior que conforme a la condición más beneficiosa se puede aplicar es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, cuyo requisito establecía que el afiliado que no se encontraba cotizando para el momento de su fallecimiento debía acreditar aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, lo que tampoco se cumple pues no registra semanas cotizadas en el año anterior a su deceso.

Conforme a la jurisprudencia citada no es viable la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que se daría efectos plus ultraactivos a normativas derogadas, lo que afecta el principio de seguridad jurídica y genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que al aplicar la norma que más se ajuste a los intereses del reclamante, va en detrimento de los intereses de carácter general y por último, respecto del argumento de la recurrente en el sentido que el derecho pensional en controversia se configura con la acreditación de 300 semanas en cualquier época y que el afiliado había cotizado 549 semanas al momento de su fallecimiento, es preciso indicar que no cumplió con los requisitos de la norma que conforme a la condición más beneficiosa se podía aplicar a su caso.

Conforme a lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

No se impusieron en primera instancia. 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 10 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS se confirma la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

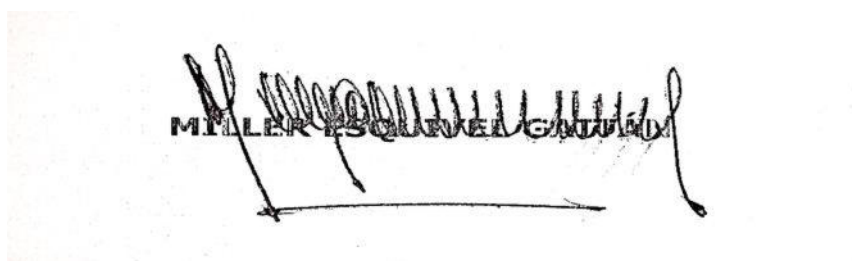
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

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 FEDERICO ANTONIO BADILLO PALMA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Rad.
2019 00549 01 Juz 35.**

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

FEDERICO ANTONIO BADILLO PALMA demandó a la AFP PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 1 a 4.

- 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. 4 a 10. Nació 17 de abril de 1960. Se vinculó al ISS en el mes de septiembre de 1988, en donde cotizó un total de 676 semanas. Se trasladó a la AFP Porvenir en agosto de 2001. En agosto de 2008 se trasladó a Old Mutual S.A. Al momento de los respectivos traslados 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 tenía de retornar al RPM. El actor solicitó proyección de su mesada pensional en el RAIS, la cual equivale a un monto de \$3.480.000 que es ostensiblemente inferior a la que percibiría en el RPM que sería de \$10.488.000 el 27 de junio de 2019 elevó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado y su retorno al RPM, la cual fue negada. A su vez solicitó a Old Mutual S.A. la ineficacia de la afiliación que también fue rechazada por el fondo de pensiones.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco 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. 111 a 153.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM, la reclamación administrativa y la negativa de Colpensiones a dicha solicitud.
- Formuló como excepciones de fondo; descapitalización del sistema pensional, 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 OLD MUTUAL S.A., contestó como consta a fls. 168 a 191.

- Se opuso a la declaración de la ineficacia de la afiliación ante Skandia S.A., la declaración de incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Old Mutual S.A. al momento del traslado, la declaración de nulidad de traslado a Skandia S.A., la orden del retorno del actor al RPM, la orden de devolución de los valores recibidos por motivo de la afiliación y la condena al pago de costas. Respecto de las demás pretensiones, no se opone ni se allana.

- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado efectuado a Skandia S.A., las cotizaciones efectuadas a Old Mutual S.A. y la solicitud de nulidad de traslado radicada.
- Formulo como excepciones de fondo; Skandia no participo ni intervino al momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de la falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos del proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

LA AFP PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 263 a 289.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el traslado efectuado a Porvenir S.A. y la atención personalizada del asesor de la AFP Porvenir al momento de la afiliación.
- 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 de fecha 15 de agosto de 2001. Ordenó a Porvenir S.A., y Old Mutual (hoy Skandia S.A.) 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 las AFP 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

- **LA AFP OLD MUTUAL** indica que no es dable la orden de trasladar los gastos de administración, ya que dichos descuentos son legales y se utilizaron para generar rendimientos que mejoraran la expectativa pensional del actor, junto con el cubrimiento de los riesgos contratados durante toda la afiliación. Destaca que, de conceder la devolución de cuotas de administración, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.
- **COLPENSIONES** solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con las condenas en contra de Colpensiones. Indica que el demandante no probó el daño que le causó la AFP al efectuar su afiliación al RAIS. Señala que la afiliación del actor goza de plena validez y eso se evidencia al haber dado su consentimiento de forma libre y voluntaria, y para el efecto fue el señor Badillo Palma como consumidor financiero quien faltó a su deber de diligencia y cuidado con algo tan importante como lo es la escogencia de régimen pensional. De otra parte, manifiesta que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 01 de 2005.
- **PORVENIR S.A.** manifiesta que la afiliación inicial con Porvenir se dio de manera libre y voluntaria y conforme a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003. Adicionalmente se trasladó entre administradora de fondos privados, lo que permite convalidar su intención de permanecer en el RAIS. Afirma que la AFP no faltó a sus deberes objetivos al cumplir con la debida administración y gestión de los aportes de la cuenta de ahorro individual del actor. Solicita se revoque la condena en costas.

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

Parte demandante: Considera que no se cumplió con ninguna de las obligaciones a cargo del fondo privado demandado, es por lo que reitera la solicitud de confirmación de la sentencia proferida, aunado a la solicitud respetuosa de

acatamiento del precedente jurisprudencial, como se ha indicado en reiterados pronunciamientos de tutela proferidos por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en la proferida bajo el radicado No. 57158 del 15 de abril de 2020, en donde se resaltó que el desconocimiento del precedente establecido por el organismo de cierre de la Jurisdicción Laboral, desconoce y lesiona los derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 27/06/2019 el demandante contaba con 59 años pues nació el 17 de abril de 1960, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. De otra parte, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Señala que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por parte de la AFP.
- **AFP PORVENIR:** Considera que la orden de la devolución de los aportes al RPM no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico. Es claro, por lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo que consistía en manejar los fondos y las cuentas individuales. Dichos valores no están en poder de la administradora, ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertirlas en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar. Desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual

de la demandante, consecuencialmente, deberá revocarse la condena en costas, puesto que, según lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable a estos procesos por cuenta del artículo 145 del C.P.T.S.S., solo se aplicará en casos de que sea vencida en la sentencia de primera instancia o al ratificarse por el superior lo dicho por el juez de primera instancia.

- **PROTECCION S.A.:** no se pronunció en esta etapa.
- **OLD MUTUAL S.A.:** Se debe advertir, que Skandia S.A. actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual con la demandante y administro en forma correcta la cuenta de ahorro individual del demandante. Manifiesta que, la comisión de administración esta direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones y entre la cuales se encuentra Colpensiones; luego dicha comisión no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez, porque tanto en el RAIS como en el RPM la ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras de pensiones y si esto es así, ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no podrá cumplir en forma retroactiva con dicha obligación, será únicamente a partir de la ejecutoria de la sentencia que podrá asumir con dicha disposición legal.

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, enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, el deber de diligencia como consumidor financiero y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 27 de junio de 2019 (fls. 66 a 68), 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 afiliada al RAIS desde el 31 de julio de 2008 cuando solicitó su vinculación a la AFP Skandia (fl.203), (hoy Old Mutual S.A.), luego de estar afiliada a la AFP Porvenir (fl. 290) a partir del 15 de agosto de 2001.

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 15 de agosto de 2001 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 290), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, 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.

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 Villegas² 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.

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"*

^{3a} *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 retiro, 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. 31.989³, 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 a la actora 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). 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.

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 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. 2008⁴), 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 (SL2877-2020⁵). Por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones.

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.

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 3º, establece: "**Artículo 3º. 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.

Así mismo en atención a la solicitud de Porvenir S.A. de que se revoquen las costas impuestas en primera instancia, debe decirse que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone:

"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"

Por lo anterior las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes.

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 la presente anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de las entidades apelantes.

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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 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 como agencias en derecho el equivalente al smmlv para la presente anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de las entidades apelantes.

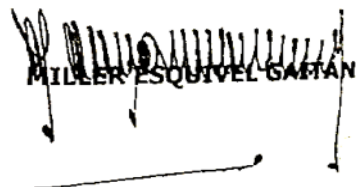
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN