



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2019-00217-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
OLD MUTUAL (SKANDIA) S.A
LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
(Litis)
COLFONDOS S.A. (Litis)
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (OLD
MUTUAL S.A) // CONSULTA PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de Apelación Parte demandada (Old Mutual S.A) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la demandada Old Mutual, así como el apoderado de la parte demandada Colpensiones presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP OLD MUTUAL (SKANDIA) SA, debidamente sustentada (fls. 4 y 5 del archivo 02 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

1. Se declare que el señor José Fernando Bustamante Díaz, al 1 de abril de 1994, tenía más de 750 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y contaba con más de 40 años de edad.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se decrete que el señor José Fernando Bustamante Díaz es beneficiario del régimen de transición.
3. Ordenar a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. anular la pensión de vejez otorgada al señor JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DIAZ.
4. Ordenar a la AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. trasladar al señor José Fernando Bustamante Díaz al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
5. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones aceptar el traslado del señor José Fernando Bustamante Díaz al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
6. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones otorgar pensión de vejez al señor José Fernando Bustamante Díaz de acuerdo con los parámetros fijados en el Régimen de Transición señalados en el Decreto 758 de 1990.

SUBSIDIARIAS:

1. Se declare que Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., al trasladar del Instituto De Seguros Sociales en febrero de 1995 al señor José Fernando Bustamante Diaz, no cumplió con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la entidad Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.
3. Ordenar a Old Mutual Pensiones Y Cesantías S.A. anular la pensión de vejez otorgada al señor José Fernando Bustamante Diaz.
4. Ordenar a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. trasladar al señor José Fernando Bustamante Diaz al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a La Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
5. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aceptar el traslado de la señora José Fernando Bustamante Diaz al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
6. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones otorgar pensión de vejez al señor José Fernando Bustamante Diaz de acuerdo con los parámetros del Régimen de Transición estipulado en el Decreto 758 de 1990.
7. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones cancelar al señor José Fernando Bustamante Diaz la diferencia entre el valor otorgado como mesada por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y el que le reconozca Colpensiones, desde el 12 de octubre de 2012 cuando cumplió los 60 años.
8. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (archivos 06, 11 y 15 del expediente digital) la AFP OLD MUTUAL S.A (archivo 08 del expediente digital). Así mismo, se ordenó integrar el contradictorio con el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP COLFONDOS mediante Auto del 23 de julio del 2019, entidades que dieron contestación a la demanda como se observa (archivo 020 del expediente digital) y (archivo 023 del expediente digital) respectivamente. Lo anterior de conformidad con los autos del 23 de julio de 2019, 05 de diciembre de 2019 y 16 de julio de 2021. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La demandada OLD MUTUAL SA instauró demanda de reconvención (archivos 009 y 012 del expediente digital), la cual se tuvo por admitida en Auto del 05 de diciembre de 2019.

El demandante contestó la demanda de reconvención (Archivo 014 del expediente digital) Se opone a las pretensiones del(a) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO 05 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 19 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES, OLD MUTUAL, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLFONDOS S.A de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda principal, declarándose probada la excepción de saneamiento de la nulidad **DECLARÓ** que en virtud de la declaratoria del saneamiento de la nulidad que se hace con la sentencia, únicamente a partir de la fecha de la misma, se harán exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante **ABSOLVIÓ** al señor JOSE FERNANDO BUSTAMENTE DIAZ de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda de reconvención interpuesta por SKANDIA S.A, declarando probada la inexistencia de la obligación. **COSTAS**. Sin costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (OLD MUTUAL SA HOY SKANDIA SA) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos en los siguientes términos:

1. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN: Presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia, en lo que tiene que ver únicamente en el numeral 2 de la sentencia, en donde, en virtud del saneamiento de la nulidad, únicamente se harán exigibles los perjuicios a partir de este momento. Manifestó que se debe tener en cuenta que no es facultad del juez revivir los términos de la prescripción, teniendo en cuenta que dentro del presente asunto quedó demostrado que el derecho está más que prescrito y, por lo tanto, señaló que no puede el juez de primera instancia bajo facultades *ultra* o *extra petita* revivir unos términos que ya se encuentran prescritos, razón por la cual expuso que este numeral se encuentra totalmente fuera de lugar dentro de la presente sentencia.

Reiteró, que el juez no tiene la facultad de revivir términos, puesto que ya los términos de la prescripción se encuentran normativamente estipulados y, por lo tanto, argumentó que no le asiste animo al juez de primera instancia decretar este numeral, razón por la cual solicitó que se revoque este numeral de la sentencia de primera instancia

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante JOSE FERNANDO BUSTAMENTE DIAZ, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Previo a resolver los motivos de inconformidad que se presentaron por el apoderado de la parte demandada OLD MUTUAL S.A en contra de la sentencia emitida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2021 y de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, se observa que la parte demandada OLD MUTUAL S.A, interpuso recurso de apelación en contra del auto proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de audiencia celebrada el día 19 de noviembre de 2021, mediante la cual, el Juez de primera instancia dispuso negar el decreto de pruebas en lo relacionado con el interrogatorio de parte solicitado por el apoderado de la demandada OLD MUTUAL S.A. recurso de apelación que pasará a resolverse en los siguientes términos.

DECISIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

En ese orden, el Juez de primera instancia en audiencia celebrada el 19 de noviembre de 2021 conforme lo establece el art. 77 del CPT y SS decretó como pruebas a favor de la pasiva Old Mutual S.A:

1. La documental enviada junto con la contestación de la demanda, (fls. 36 a 71 del archivo 008 del expediente digital):

- Formulario de vinculación del demandante
- Estado de cuenta del demandante
- Bono pensional del demandante
- Historia laboral consolidada del demandante
- Solicitud de pensión de vejez radicada por el demandante el 21 de junio de 2013
- Comunicación del 21 de junio de 2013, enviada al actor y suscrita por Fernando Castro Bohórquez
- Comunicación del 21 de junio de 2013 suscrita por el actor
- Selección de modalidad de retiro programado suscrito por el actor.

2. La documental enviada junto con la demanda de reconvención (fls. 36 a 71 del archivo 008 del expediente digital)

3. Negó el interrogatorio de parte del demandante por innecesario.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandada (OLD MUTUAL SA)**¹ interpuso recurso de apelación en el siguiente punto de la decisión:

1. INTERROGATORIO DE PARTE AL DEMANDANTE: Solicita sea decretada la declaración de parte del demandante, teniendo en cuenta que este medio de prueba es útil, pertinente y conducente dentro del presente asunto.

CONSIDERACIONES

¹ Expediente digital Archivo 033 Audio 1, minuto 14:00, APODERADO PARTE DEMANDADA OLD MUTUAL S.A: Presento recurso de apelación contra el auto de decreto de pruebas en lo que tiene que ver con que no se decretó el interrogatorio de parte solicitado por OLD MUTUAL, teniendo en cuenta que este medio de prueba es útil, pertinente y conducente dentro del presente asunto, ya que con él se pretende demostrar que bien se le asesoró al demandante tanto en el momento del reconocimiento pensional, como al momento del traslado con OLD MUTUAL, por lo tanto, si se hace necesario el interrogatorio de parte dentro del presente proceso. Por lo tanto, solicito se revoque el auto de decreto de pruebas y se decrete el interrogatorio de parte solicitado por OLD MUTUAL.

En los términos en que se plantea el recurso de apelación, el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, dispone que son apelables, entre otros, **"4. El que niegue el decreto o práctica de una prueba."**, por lo que se estima correctamente concedido el mismo.

Caso concreto:

En primer lugar, como regla general, las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso, deben ser aportadas oportunamente por las partes quienes son las interesadas en las resultas del litigio, conservándose el decreto de pruebas de oficio como una medida excepcional que sólo incumbe al juez en su papel de director del proceso, y que se guía por su examen de las necesidades del juicio en el propósito de develar la verdad real de los hechos.

Por su parte el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que el Juez se encuentra facultado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del litigio, o para limitar el número de testimonios, cuando considere que son suficientes los recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso.

Bajo este esquema, el Juez Ordinario debe desarrollar sus facultades de orden legal con miras a adelantar el debate procesal en forma tal que transcurra sin complicaciones y garantizándose la celeridad propia del proceso, sin perjudicar eso si los derechos de las partes, efectuando el decreto de pruebas, guiado por un examen de pertinencia, para evitar efectuar aquellas que en nada contribuyen al establecimiento de la verdad real de los supuestos fácticos controvertidos, afectándose principios como la recta y cumplida administración de justicia, la celeridad y economía procesal, entre otros.

En el presente asunto, estima la Sala adecuada la decisión del *A quo*, en cuanto negó el decreto de prueba del interrogatorio de parte del actor solicitado por la parte demandada (OLD MUTUAL), esto, teniendo en cuenta que el presente litigio versa sobre un punto de derecho y aunque la intención de buscar una confesión al pretender la nulidad de traslado puede ser válida, en el caso *sub examine* no se hace necesaria la práctica de la misma.

Al estudiar las particularidades del caso, las documentales que se allegan con la demanda y las distintas pruebas aportadas en las contestaciones, cabe decir que no resulta procedente decretar la práctica del interrogatorio de parte, pues para analizar el

derecho pretendido, bastará con examinar las pruebas documentales arrojadas al plenario y estudiar el lleno de los requisitos exigidos para la configuración del mismo.

Por tanto, resulta ser innecesario decretar el interrogatorio de parte al demandante JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ, teniendo en cuenta que existe material probatorio suficiente dentro del plenario para tomar una decisión de fondo.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** el auto proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó el decreto de interrogatorio de parte del demandante a favor de OLD MUTUAL SA hoy SKANDIA SA.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Aclarado lo anterior, la Sala continuara con la resolución del recurso de apelación propuesto por la demandada OLD MUTUAL S.A y de la misma manera, con la resolución del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ, para tal efecto, se tiene que:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ el día 29 de enero de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP OLD MUTUAL S.A devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM. **3.** Y, si en virtud de la declaratoria del saneamiento de la nulidad que se hace con la sentencia, únicamente a partir de la fecha de la misma se harán exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante.

I. DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS ADMINISTRADORAS DEL RAIS

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 29 de enero de 1995 (fl. 23 del archivo 023 del expediente digital) y posteriormente se

trasladó a la AFP SKANDIA (OLD MUTUAL SA) el 19 de abril del 2004 (fl. 36 del archivo 008 del expediente digital.)

Así, frente al alcance de la información suministrada a la parte actora para su traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, pertinente es de anotar que el deber de información como obligación especial compete a las Administradoras de Fondos de Pensiones «debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional».

Es así, como la sentencia CSJ SL1688-2019:

"Efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En vista de la disposición anterior y con ocasión de los múltiples casos de incumplimiento que se han encontrado por parte de las AFP respecto a la omisión en su deber de información y buen consejo hacia sus afiliados; pacífica y clara es la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha decantado que frente a este tipo de situaciones, es decir, cuando se logra probar la violación a estos deberes por parte de las AFP y por ende la afectación a los afiliados, el mecanismo adecuado que se podrá ejercer por parte de los mismos será la acción de nulidad y/o ineficacia del traslado.

De esta manera, la sentencia que declare la ineficacia del traslado, tiene efectos retroactivos, por lo cual, en virtud de ellos, cada una de las partes deberá devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico, pues este al haber trasgredido las prescripciones legales, es ineficaz, razón por la cual no produce efectos entre las partes y el vínculo que se entendía que había, se romperá.

Sin embargo, la CSJ en uno de sus más recientes pronunciamientos SL1637-2022 expuso lo siguiente:

"El restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular." **Negrita fuera de texto.**

La anterior disposición cobra relevante importancia para el estudio del presente caso, pues si bien es cierto, la institución de la ineficacia y/o nulidad contempla la posibilidad de volver las cosas al estado anterior como si dicha situación jurídica nunca hubiese existido; no es menos cierto que la declaratoria de ineficacia no es de aplicación absoluta para todos los casos, como ocurre, por ejemplo, cuando el afiliado deja de ser afiliado para convertirse en pensionado, como pasaremos a analizar a continuación.

II. DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE PENSIONADO

Así pues, no hay asomo de duda que la AFP OLD MUTUAL S.A le reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 01 de septiembre del 2013, y que actualmente se encuentra pensionado bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional con una cuantía de \$7.106.400 (siete millones ciento seis mil cuatrocientos pesos m/cte) conforme la certificación expedida por la AFP OLD MUTUAL el 13 de julio de 2018 como obra a folio 48 del archivo 002 del expediente digital.

En ese sentido, no debe dejarse de lado la calidad de pensionado que adquirió el demandante JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ desde el año 2013 y ello obedece, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, a una situación jurídica ya consolidada de la cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad de régimen se trataran, **no es posible retrotraer las cosas a su status quo**, pues ello devendría en la afectación de derechos, relaciones jurídicas e intereses a terceros de buena fe. Lo anterior, ha sido reiterado en sentencias como la CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022.

Por consiguiente, la posibilidad de solicitar la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen pensional por parte de un pensionado, constituye una excepción a esta institución jurídica, pues como se expuso en precedencia:

"La jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen" Negrita fuera de texto (CSJ SL373 de 2021)

Y así lo reiteró la Alta Corporación en su sentencia CSJ SL3707-2021, al manifestar:

"Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia,

Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo

1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), **lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible (...)** Negrita fuera de texto.

No obstante, la Sala Laboral mediante sentencia CSJ SL373 de 2021 contempló las opciones que puede tener un demandante en estas condiciones, así:

"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora." Negrita fuera de texto

Analizada la jurisprudencia que ha traído la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto, puede concluir esta Sala que la demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional es un mecanismo que busca revertir las cosas a su estado anterior con el único objetivo de evitar causarle un perjuicio a los afiliados cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS han incumplido su deber de información y buen consejo.

Sin embargo y descendiendo al caso que nos ocupa, este mecanismo no puede emplearse cuando se trata de una persona pensionada como lo es el señor JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ por las razones que se expusieron en precedencia, pues ante esta situación no es viable retrotraer las cosas al estado anterior y, por el contrario, solamente se podrá solicitar el reconocimiento de los perjuicios causados por las AFP.

Puntualizado lo anterior y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda en ningún momento estuvieron encaminadas a la reclamación de unos perjuicios, sino por el contrario, estas pretensiones solicitaban era el reconocimiento de la nulidad del traslado de régimen pensional del demandante y con ello la posibilidad de volver las cosas su estado anterior.

Debe esta Sala entrar a analizar si el *a quo* al fallar de forma *ultra y extra petita* estuvo en lo correcto al declarar que, es únicamente a partir de la fecha de la sentencia que declara el saneamiento de la nulidad que se harán exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante.

Para resolver este problema jurídico, en primer lugar, debemos establecer los requisitos que debe acreditar el demandante pensionado para reclamar estos perjuicios ante el Juez laboral, para ello, se trae a colación lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia CSJ SL1637-2022, en la que precisó:

"Lo que se ha dicho es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos"

De la anterior cita, podemos determinar que: i) el demandante en ningún momento reclamó los perjuicios sufridos, pues estos no hicieron parte del *petitum* de su demanda y ii) aquellos perjuicios no fueron objeto del debate probatorio dentro del trámite procesal, obedeciendo precisamente a que estos no fueron reclamados por el actor.

Ahora, frente al tercer requisito que hace referencia a la prescripción, se tiene que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia CSJ SL373 de 2021 dispuso al respecto:

"En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento" Negrita fuera de texto

Por lo anterior y respecto del fenómeno de la prescripción de la acción para el presente caso, la Sala entrará a su estudio en los siguientes términos.

III. DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Es de anotar que la Sala de Casación Laboral dentro de su línea jurisprudencial ha dejado sentado que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no puede ser afectado por el fenómeno prescriptivo, siempre y cuando esta solicitud se realice ostentando la calidad de afiliado y no de pensionado.

En el presente caso, al haber sido solicitada la pensión de vejez por el señor JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ ante la AFP OLD MUTUAL y posteriormente haber sido reconocida por esta AFP el **01 de septiembre del 2013**, transcurrieron entonces 5 años y medio sin que el hoy demandante hubiese presentado reclamación administrativa.

Así pues, se tiene que es solo hasta el **4 de marzo del año 2019** (como se observa a fl. 65 del archivo 002 del expediente digital) que el demandante presenta reclamación administrativa ante Colpensiones y posteriormente presenta demanda ante el Juez Laboral solicitando únicamente la nulidad del traslado, encontrándose que, incluso si esta demanda hubiese obedecido a la reclamación de perjuicios, se habría efectuado dentro del término prescriptivo dispuesto por la ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez, tal y como lo establece el Art. 489 del CST, mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes al reconocimiento del derecho a la pensión, o, debió haberse radicado la respectiva demanda solicitando los perjuicios sufridos en ese mismo interregno.

Precisando en todo caso, que el término prescriptivo inició a partir del 01 de septiembre del 2013 fecha en que le fue reconocida la pensión por vejez bajo la modalidad de retiro programado al señor JOSE FERNANDO BUSTAMANTE DÍAZ por la AFP OLD MUTUAL como consta a folio 48 del archivo 002 del expediente digital, y fue solo hasta el 04 de marzo del 2019 que el demandante presentó reclamación administrativa solicitando la nulidad del traslado ante Colpensiones, como obra a folio 65 del archivo 002 del expediente digital y radicó la presente demanda el día **19 de marzo de 2019**, conforme acta de reparto que reposa en el expediente digital.

Concluyendo entonces, que el actor dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarreó como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

IV. PERJUICIOS A FAVOR DEL DEMANDANTE:

Ahora bien, para resolver el tercer problema jurídico planteado, el cual versa sobre la declaración hecha por el Juez de Primera instancia en la que afirma que: *"es únicamente a partir de la fecha de la sentencia que declara el saneamiento de la nulidad que se harán exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante."*

Al respecto, esta Sala debe señalar que no encuentra asidero jurídico en dicha declaración por parte del *A quo*, pues contrario a lo manifestado por el Juzgador de Primer instancia, dicho saneamiento de la nulidad no hace exigibles a futuro los

"eventuales perjuicios" a favor del demandante, en primera medida, porque la oportunidad procesal para ejercer su reclamación ya se encuentra prescrita, tal y como se explicó en precedencia y no es facultad del Juez revivir los términos de la prescripción y en segunda medida, porque en caso de que no estuviera prescrita la oportunidad procesal, estos perjuicios debieron haber sido reclamados y demostrados dentro del presente proceso, situación que tampoco ocurrió.

Pues, si bien es cierto que el artículo 50 del código procesal del trabajo y de la seguridad social establece que:

"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."

No es menos cierto, que aquellos "eventuales perjuicios" no hicieron parte del petitum inicial de este asunto y aunque el *A quo* está facultado para fallar *ultra y extra petita*, atendiendo a la disposición expuesta en el artículo antes citado, es precisamente por dichas condiciones que tal declaración no es admisible para esta Sala, no solo porque los "eventuales perjuicios" no fueron pedidos, ni debidamente probados en el trámite del proceso, sino también -y sobre todo- porque no es dable que el Juez declare el reconocimiento de derechos que no gozan de una seguridad jurídica que permita su reclamación en el futuro, más aún cuando sobre los mismos la oportunidad procesal para ser demandados se encuentra prescrita.

Frente a la inconformidad expuesta por el apoderado de la AFP OLD MUTUAL en su recurso de apelación, debe decirse que las razones expresadas en el mismo son de acogida para esta Sala por las razones anteriormente expuestas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de dejar sin efectos la declaratoria contenida en este, en la cual, declaró que, el saneamiento de la nulidad que se hace con la sentencia, únicamente a partir de la fecha de la misma, se harán exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante, como quedó sentado previamente.

En lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre del 2021.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre del 2021, en el sentido de **DEJAR SIN EFECTOS** la declaratoria hecha por el Juez de instancia, en la cual, afirmó que, el saneamiento de la nulidad que se hace con la sentencia, habilita a la parte demandante para que únicamente a partir de la fecha de la misma, se hicieren exigibles los eventuales perjuicios a favor del demandante, conforme las consideraciones de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de noviembre del 2021.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520190021701)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500520190021701)

Solvo voto
auto-
Aclaro voto
sentencia



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190021701)

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: José Fernando Bustamante Díaz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-005-2019-00217-01

Respetuosamente me permito manifestar que me aparto de la decisión de la Sala, al confirmar el auto proferido por el *a quo*, mediante el cual se negó el decreto del interrogatorio de parte al actor, solicitado por la demandada Old Mutual SA, toda vez que considero que había lugar a revocar esa decisión y decretar la prueba oportunamente solicitada, teniendo en cuenta que se trata de una prueba conducente, en tanto que los supuestos de hecho que permitían resistir la pretensión, en los términos de la jurisprudencia aplicable al caso en particular, si son susceptibles de ser demostrados mediante confesión, no requieren prueba solemne, y contrario a lo aducido, en los términos de ese mismo precedente judicial, no versa este asunto sobre un punto de derecho, de ahí que podía resultar útil, pertinente, y en todo caso, conducente, la prueba solicitada, resultando en mi sentir, arbitraria su negativa.

Por otra parte, aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se

exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó las decisiones, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, me aparto de las consideraciones efectuadas por la alta Corporación, en torno a la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, en los casos en los que, por tratarse de un pensionado, ha advertido que la situación jurídica ya está consolidada y no hay lugar a revertir ese estatus dejando sin efectos el traslado de régimen, entre otras, en la sentencia CSJ SL373-2021, que fue citada en la decisión, puesto que, en el mismo sentido en que lo consideró el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán (q.e.p.d.), en su salvamento y posteriores aclaraciones de voto sobre ese tema específico, resultan impertinentes e inapropiadas tales consideraciones, toda vez que se analiza la cuestión asignándole la responsabilidad a la AFP, definiendo la existencia del perjuicio por la cuantía de la prestación, el derecho a la indemnización plena de perjuicios a cargo de la administradora, lo que en verdad deviene en un prejuzgamiento, con la consecuente y evidente violación del derecho al debido proceso, si se tiene en cuenta que, como se dejó sentado en la decisión, en consideraciones que comparto, los perjuicios aludidos no hicieron parte del *petitum* de la demanda, y no fueron objeto de la Litis.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 006-2018-00423-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: NICOLÁS ALBARRACIN GARZÓN
DEMANDADO: AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO SERVICOPAVA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante y demandadas, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor NICOLÁS ALBARRACIN GARZÓN, instauró demanda ordinaria laboral contra las sociedades **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.- Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA**, debidamente sustentada como aparece de folio 6 a 21 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que el acuerdo cooperativo de trabajo asociado de fecha 01 de abril de 2015 celebrado con la cooperativa PRODUCCION Y TALENTO EMPRESARIAL SAS, es ilegal y por ende nulo.
2. Como consecuencia de lo anterior **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad AVIANCA S.A., vigente desde el 1 de abril de 2015 al 30 de noviembre de 2017.
3. **DECLARAR** que AVIANCA S.A. finalizó el vínculo laboral de manera unilateral y sin justa causa.
4. **DECLARAR** que AVIANCA S.A., adeuda salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías y dotaciones.

CONDENAR PRINCIPALES.

1. **CONDENAR** a la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-AVIANCA S.A.- a pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha en que finalizó el contrato de trabajo-30 de noviembre de 2017- y hasta la calenda en que sean cancelados.
2. **CONDENAR** a AVIANCA S.A. a pagar las cesantías que se causaron durante la vigencia de la relación laboral, junto con el pago de los intereses sobre las cesantías.
3. **CONDENAR** a la sociedad demandada al pago de las vacaciones que, se generaron entre los años 2015 y 2017.
4. **CONDENAR** a la pasiva al pago de las primas de servicios causadas desde la vigencia del vínculo contractual hasta la fecha en que este finalizó.

5. **CONDENAR** a AVIANCA, al pago de la indemnización por despido injusto.
6. **CONDENAR** a la compañía llamada a juicio a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. Así como la sanción por no consignación de cesantías.
7. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de la indemnización y perjuicios por no haber entregado las dotaciones.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La compañía **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones, tal como se advierte del escrito que obra de folio 110 a 129 del expediente digital. En igual sentido se pronunció la Cooperativa de Trabajo Asociado **SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN** (folio 174-214)

El Juzgado de origen, por auto del 11 de diciembre de 2020, tuvo por contestada la demanda por parte de las entidades llamadas a juicio (folio 736).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de marzo de 2021, **ABSOLVIÓ** a AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO **SERVICOPAVA EN LIQUIDACION**, de las pretensiones planteadas en la demanda y **CONDENÓ** en estas a la demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia de primera instancia.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que la ley 50 de 1990 en su artículo 77 contempla o regula los eventos en los cuales las empresas como AVIANCA, podían hacer uso de la contratación a través de la intermediación laboral, presupuestos que no se presentaron en el asunto examinado.

Aseguró que, en atención a lo establecido en el artículo 53 del Constitución Nacional, la realidad prima sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, por lo que a su juicio se podía concluir que surgió un contrato de trabajo con AVIANCA, al configurarse los requisitos enunciados en el artículo 23 del C.S.T., y que, Servicopava solo desarrolló actividades de intermediación.

Trajo a colación la sentencia C-555 de 1994 en la que la Corte Constitucional, señaló que la entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo. Así como la sentencia emitida el 24 de abril de 1997 por la Sala de Casación Laboral, cuyo magistrado ponente, fue el Dr. Francisco Escobar Enriquez, al contemplar que, es la empresa usuaria la que debe responder por las acreencias laborales.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la compañía AVIANCA S.A.

Luego de lo anterior, entiende esta Sala de Decisión, que tal como ya se precisó al plantear el problema jurídico, el mismo se contrae a determinar la modalidad del contrato, bajo el cual el demandante prestó sus servicios personales a la entidad demandada AVIANCA S.A.

Sobre el particular, el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, consagra los elementos esenciales, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la continua subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*.

A lo que se agrega, que en forma pacífica la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre, ha indicado que la referida presunción legal, opera a favor del trabajador cuando este acredita la prestación personal del servicio, para que entonces se traslade al demandado, la carga de probar que el vínculo que mantuvo con el demandante no estuvo regido por un contrato de trabajo, y así lo ha señalado en las sentencias 39377 de 2011 y 72624 de 2021, al precisar:

"En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."

Ahora, de vieja data la H. CSJ Sala Laboral ha enseñado que, en el evento de presentarse discordancia entre la realidad y los que consignan los documentos, prevalece lo que sucede en el ámbito fáctico, en aplicación del principio de la primacía sobre la realidad sobre las formas. Se puede consultar la sentencia radicado N.º 22259 del 2 de agosto de 2004, criterio reitero en la sentencia SL 4330 de 2020.

De igual manera, resulta pertinente citar algunos aspectos característicos de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que se encuentran reguladas en la Ley 79 de 1988, hoy recopilada en el Decreto 1072 de 2015, y el Decreto 4588 de 2006. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la citada ley, se trata de empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Adicionalmente, el artículo 5º de la citada ley, prevé que las cooperativas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los

respectivos estatutos o reglamentos internos. En las Cooperativas de Trabajo Asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo de previsión, seguridad social y compensación, es el establecido en los estatutos y reglamentos, en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, razón que a su vez justifica que las diferencias que surjan se sometan al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en cuenta para ambos casos, las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Así mismo, en relación con las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se reconocen con base a la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. El objeto social de estas cooperativas es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. Además, la Cooperativa de Trabajo Asociado debe ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

Entre tanto, el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, como la Ley 1233 de 2008, prohíben a las Cooperativas de Trabajo Asociado actuar como empresas de intermediación laboral, y disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que éstos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes,

Atendiendo las precisiones realizadas y al aplicarlos al asunto de marras, encontramos según el material probatorio incorporado al plenario, solicitud de afiliación del accionante a Servicopava de fecha 1º de abril de 2015, con su correspondiente aceptación por parte de esta última (fl. 640-641); convenio de asociación, en virtud del cual "SERVICOPAVA vincula el trabajo personal del demandante, en calidad de asociado (fl. 27). Se incorporó la "Oferta Mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y

operativos" presentada por Servicopava ante Avianca S.A. el 5 de febrero de 2009 (fls. 130 a 142), la cual tenía por objeto: *"PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a EL DESTINATARIO DE LA OFERTA los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el Anexo No. 1 "Detalle de procesos, posiciones y valores", a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE, a las posiciones que se consideren necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A."*

Obra igualmente OTROSI "AL CONTRATO SURGIDO DE LA ACEPTACIÓN POR PARTE DE AVIANCA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS No. A-003000000- 565AV DE LA OFERTA MERCANTIL EMITIDA POR LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA DE FECHA 05 DE FEBRERO DE 2009", mediante el cual las aquí demandadas deciden prorrogar la oferta mercantil hasta el 31 de mayo de 2012 (fl. 147), vínculo contractual que se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en que venció la última prórroga del contrato que las personas jurídicas aquí demandadas suscribieron. (Folio 628)

También se aportó el "CONTRATO DE COMODATO PRECARIO No. 12605021 CELEBRADO ENTRE PRECOOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA Y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. AVIANCA", con sus correspondientes otrosí, por medio del cual Avianca S.A. entrega a Servicopava bienes a título de comodato precario o préstamo de uso, *"para satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de los servicios"* (fls. 311 a 627).

Igualmente, se allegaron los estatutos de Servicopava (fls. 221 a 282), así como el certificado de existencia y representación legal de la mencionada Cooperativa (fls. 215 a 220), medios probatorios de los cuales se colige que la accionada, tiene como objeto social asociar personas naturales, que contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportante directos de su capacidad de trabajo, también a generar y mantener trabajo para sus asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno, así como velar por el desarrollo y prosperidad económica y social de todos los asociados, mediante la prestación de servicios,

en las siguientes actividades socioeconómicas: servicios aeroportuarios, operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, atención y/o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y/o carga en rampa, manejo logístico y venta de pasajes y servicios aéreos, terrestres, fluviales y marítimos, servicio de aseo, y mantenimiento de automotores, entre otras.

Por otra parte, se escuchó la declaración del representante legal de Servicopava, quien afirmó que el actor prestó sus servicios asociativos a esa CTA y su labor la desarrolló en el aeropuerto y Puente Aéreo de Bogotá: *"no, él se vinculó como asociado, como trabajador asociado de la cooperativa para prestar las funciones que le sean asignadas por el entonces gerente de la cooperativa o por la persona que este designara, entre Servicopava y Avianca, existió hasta el año 2017 una oferta mercantil, para la prestación de servicio, este señor fue vinculado con base a este oferta mercantil y fue asignado para prestar sus labores de la cooperativa tanto en el aeropuerto como en el Puente Aéreo de Bogotá, desempeñando las funciones de la cooperativa de auxiliar de operaciones terrestre"*

Añadió que ninguno de los jefes de Avianca les daba órdenes a los trabajadores asociados, ya que era el líder de Servicopava el encargado de coordinar con esos trabajadores. Manifestó que la finalización del vínculo que unió al actor con la cooperativa se presentó por terminación del contrato con Avianca.

Entre tanto, el representante legal de Avianca S.A., al absolver interrogatorio de parte, precisó: *"de lo que si tengo certeza es que Avianca tuvo un contrato civil de prestación de servicio por Servicopava y como Servicopava, deudora o ejecutora de ese contrato tenía las potestades de seleccionar u ocupar a las personas que así lo que requiriera para la ejecución."*, y que el cargo desempeñado por el actor, esto es, auxiliar de operaciones terrestres, no existía dentro de la compañía, sino fue la cooperativa con la que firmó una oferta mercantil, la que le dio dicha denominación.

Mientras el demandante en su interrogatorio, precisó que firmó un convenio cooperativo con la CTA demandada, entidad que le pagó sus compensaciones, seguridad social y liquidación final. Que durante el desarrollo de la actividad que

le fue encomendada, recibió órdenes de los señores MIGUEL FORERO o ALEX PEREZ, quienes estaban vinculados directamente con AVIANCA.

Seguidamente, se escuchó al testigo Juan Pablo Arbeláez, actual Gerente de Operaciones Terrestres de Avianca, entidad a la cual se vinculó desde el año 2012. Indicó que eran los líderes asignados por la CTA quienes daban indicaciones al señor ALBARRACIN GARZÓN, sobre la forma de desarrollar su función; y esos mismos líderes se encargaban de asignar los turnos basándose en el itinerario que suministraba Avianca. Agregó que Avianca no tenía injerencia en la selección del personal que desarrollaría la actividad; Aseguró que los jefes mencionados por el demandante, no tuvieron ninguna vinculación con AVIANCA, sino con SERVICOPAVA.

El testigo URIEL CASAS, quien trabaja para AVIANCA hace 23 años, ejerciendo actualmente el cargo de JEFE CONTROL Y SEGUIMIENTO OPERACIONAL, afirmó que si bien no conoció al demandante, el cargo de auxiliar de operaciones terrestre no existe dentro de AVIANCA, sino *"ese cargo lo tenía el proveedor"*, quienes desarrollaron diversas funciones: *"como era el cargue y descargue de los aviones, la limpieza de los aviones, el manejo de la muletas, tanto antes como bajadas del avión"*. Que, los líderes o jefes de los auxiliares de operaciones, fue el señor Miguel Forero y Alex Pérez, quienes no tenían vinculación con AVIANCA, sino con SERVICOPAVA, que nunca AVIANCA tuvo injerencia en las funciones de SERVICOPAVA, solo calificaba o supervisaba que se estuviera cumpliendo la oferta mercantil.

En este orden de ideas, del material probatorio reseñado precedentemente, permite concluir que entre el demandante y la sociedad Avianca S.A. no existió una relación de trabajo subordinado, ya que la prestación del servicio como "auxiliar de operaciones terrestres" se dio en virtud "AL CONTRATO SURGIDO DE LA ACEPTACIÓN POR PARTE DE AVIANCA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS No. A-003000000-565AV DE LA OFERTA MERCANTIL EMITIDA POR LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA DE FECHA 05 DE FEBRERO DE 2009", suscrito entre Avianca S.A. y Servicopava, de quien tenía la calidad de trabajador asociado, presupuesto que a todas luces resultaba necesario para que se configurara la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Finalmente cabe mencionar, que el hecho que, el accionante portara carné de AVIANCA, no es indicativo de la existencia de una relación subordinada con esta última, pues, quedó establecido que ello obedeció al cumplimiento de las exigencias para el ingreso a zonas restringidas del aeropuerto. Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado (sentencia SL9801 de 2015): *"Si la empresa, en la citada diligencia, admitió que el actor portaba un carné dentro de la empresa, que debía recibir y entregar las llaves de la oficina al ingresar y al salir de la entidad, así como que se llevaba un registro de sus entradas y salidas a la entidad y que estaba sometido a una auditoría mensual por una dependencia de la compañía, esto no es un indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo, puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía, dado que constituyen medidas de seguridad y de control; y, en el caso de la auditoría mensual, es una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados, natural de quien adquiere o contrata cualquier servicio."*

Las razones expuestas, conllevan a establecer tal como ya se indicó, que no es posible derivar la existencia de una relación de trabajo subordinada y dependiente con Avianca S.A.; por lo que se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310500620180042301)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310500620180042301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500620180042301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 06-2018-00694-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JENY GIMENA SAENZ MARIN
DEMANDADO: TTP WELL SERVICES S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, pese a lo ordenado en auto del 06 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora JENY GIMENA SAENZ MARIN, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad TTP WELL SERVICES S.A., debidamente sustentada como aparece de folio 4 a 23 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad llamada a juicio desde el 5 de junio de 2014 o desde la fecha que se demuestre.
2. **DECLARAR** que la relación laboral que existió con la compañía demandada finalizó el 17 de agosto de 2018 o desde la fecha que resulte probada.
3. **DECLARAR** que el vínculo laboral terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la compañía accionada.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a la sociedad demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, en suma equivalente a \$6.600.000
2. **CONDENAR** a la demandada al pago del auxilio de las cesantías, junto con los intereses sobre las cesantías.
3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de la prima de servicios y vacaciones
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad TTP WELL SERVICE S.A., contestó demanda tal como se advierte del escrito que obra de folio 24 a 65 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Por auto de fecha 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Conocimiento tuvo por contestada la demanda (folio 126)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 31 de marzo de 2022, **ABSOLVIÓ** a la sociedad TTP WELL SERVICES S.A. de las pretensiones planteadas en la demanda y condenó en costas a la accionante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que se desconocieron los artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política, así como el Código Sustantivo del Trabajo, en la medida que se le vulneró su derecho de defensa y contradicción. Aseguró que las pruebas decretadas y practicadas no fueron estudiadas, en la medida que tramitó la correspondencia, no por iniciativa de ella, sino por orden de su jefe inmediato. Además, que entre la fecha de citación a descargos y calenda en que se efectuó la diligencia, no transcurrió un término prudencial, para garantizarle una buena defensa.

Así mismo, expuso que no fue aportado el reglamento interno de trabajo, por lo que a su juicio no se puede concluir que desconoció sus obligaciones, sumado a que el contrato de trabajo, no cataloga la causal que alega la pasiva como grave.

Señaló que, la empresa no cuenta con un protocolo para el manejo de la correspondencia, que la prueba testimonial no es la idónea para probar dicho protocolo y que no existe otra prueba que así lo acredite. Adicionalmente, que la Sala de Casación Laboral en reiteradas jurisprudencias, ha indicado que se debe probar la desidia y negligencia del trabajador, situación que no aconteció.

Adujo que los testigos fueron claros en indicar que existían al interior de la empresa, serias irregularices en el trámite de la correspondencia, indicando finalmente que no está probada la falta que se le atribuye.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar las condiciones en que fue finalizado el contrato de trabajo de la demandante y determinar si hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 05 de junio

de 2014 y el 17 de agosto de 2018, desempeñando el cargo de Coordinadora Administrativa, pues así quedó establecido de la certificación expedida por la entidad convocada a juicio, que obra a folio 44. Además, que el vínculo laboral fue terminado de manera unilateral por el empleador, aduciendo una justa causa, al verificarse de la carta que fue aportada a folio 46 del plenario.

Realizada la anterior precisión, y a efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que según lo establecido por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que desde antaño nuestra H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado SL 1920 de 2018, que reitero el criterio expuesto en aquella, con radicado 35105 de 2012, expuso:

"Esta Corporación en sentencia CSJ SL 10 mar. 2012, rad. 35105, explicó que le compete al juzgador calificar la gravedad de la conducta cuando se controvierten los supuestos contenidos en el numeral 6°, letra A) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, así:

[...] sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

"Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que

incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

"En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

'En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...'

(...)

"Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

"En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta..."

Luego entonces, en el asunto de marras está probado que el 17 de agosto de 2018, tal como ya se precisó precedentemente, la entidad accionada le comunicó a la demandante, su decisión de dar por terminada la relación laboral, aduciendo el incumplimiento los artículos 55, 56, 58 y 62 del C.S.T., artículo 44 numerales 1 y 2 del reglamento interno de trabajo y la cláusula segunda numeral 15 del Contrato de trabajo y responsabilidades contenidas en la descripción del cargo, al indicar:

"Se verificó que, teniendo usted la instrucción de radicar el documento que en su parte Titular de destinatario indicaba era para "Jaime Eduardo Gamboa Rodríguez, Gerente Indemnizaciones de Fianzas Negocios Particulares, SEGUROS DEL ESTADO S.A." decidió, previa advertencia de la señora Myniam Avilés y de usted darle lectura del mismo documento, enviarlo a radicar a la empresa TH Global Drilling Services Colombia S.A.S., porque, según usted leyó en el asunto del comunicado el nombre de GDS.

Agrava la situación, que aun cuando la persona encargada de radicar los documentos le advirtió a usted que el encabezado del comunicado mencionaba otra empresa, usted a sabiendas de la situación particular que las dos empresa enfrentan en este momento tal como lo indica en las respuestas entregadas en sus descargos, decidió no informar lo

que estaba pasando y si por el contrario enviarlo a radicar a TH Global Drilling Services Colombia S.A.S.

Asimismo, para la empresa no puede ser admisible que usted, a pesar de todo lo antes dicho haya desacatado las instrucciones de la empresa, respecto al procedimiento de entrega de documentos para radicar a la Asistente Administrativa, persona encargada de planear el envío de la mensajería diariamente o cuando se requiera enviar a las bases de la empresa, ni diligenciado el formato que TTP WELL SERVICES S.A., tiene establecido para ello, con los cuales se evidencia una actuar suyo contrario a derecho."

Ahora, al observar el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la compañía accionada, visible a folio 27-31 del expediente, se evidencia en su cláusula segunda como obligaciones del trabajador: *"15. Cumplir los manuales de funciones y políticas de LA EMPRESA, código de conducta, ética y demás que sean desarrolladas por EL EMPLEADOR los cuales se entienden incorporados al presente contrato como anexo, y el TRABAJADOR declara conocer en su integridad"*

Mientras que, al estudiar la descripción del cargo que desempeñó la accionante- COORDINADORA ADMINISTRATIVA- entre sus funciones y responsabilidades, se encontraba la de *"Solicitar y hacer seguimiento a los servicios de Mensajería, Aseo y Cafetería."* Actividad que fue aceptada por la actora al absolver el interrogatorio de parte.

Así mismo en el contrato de Trabajo, determinó como falta grave y conllevaban a la terminación del vínculo laboral: *"La violación por parte del TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias."*

Luego entonces, se considera que le corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si la demandante incumplió con sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, en la medida que en el contrato de trabajo, se dejó claro que dicha inobservancia se consideraba una falta grave que conllevaba a la terminación del vínculo, pero antes se debe precisar que si bien se invocó también unas causales contempladas en el reglamento interno de trabajo, lo cierto es, que no fue posible verificar la configuración de las mismas, como quiera que no se incorporó dicho compendio.

A efectos, de probar el incumplimiento, consistente en no haber realizado seguimiento a los servicios de mensajería el día 15 de agosto de 2018, se analizaron las diligencias de descargos, corroborándose que la demandante tenía

conocimiento del procedimiento que se debía adoptar para el envío de la correspondencia, al indicar: *"Se debe enviar un correo con anterioridad de la vuelta diligenciando un formato con la información exacta de la vuelta de mensajería. Una vez le llega a la persona de la recepción o al responsable de coordinar las vueltas de mensajería, esta programa la vuelta. Después del envío de la información se debe entrar los documentos diligenciados y ella a su vez lo entrega a la persona que nos apoya en la mensajería y ella a su vez realiza la vuelta"*

Adicionalmente la demandante, en la citada diligencia adujo que, la persona encargada de planear el envío de la mensajería diariamente era ANGI GONZALEZ, que no le entregó a ella la correspondencia, sino que se la pasó directamente a MIRIAM AVILES, empleada a quien le correspondía radicar los documentos, y que tampoco diligenció el formato de mensajería: *"porque fue una solicitud urgente, un requerimiento urgente"*. Manifestó que, si se hubiese realizado el trámite pertinente, el tiempo de tardanza oscilaba entre 5 o 10 minutos: *"yo creo que sería cuestión de 5 a 10 minutos"*

Seguidamente al ser preguntada la accionante, porque le dio la instrucción a la señora MIRIAM de radicar un documento en la empresa GDS, cuando iba dirigido a Seguros del Estado: *"porque es fue la directriz de Sandra, que era la persona que estaba solicitando la vuelta de mensajería"*. Que la persona encargada de radicar la correspondencia le advirtió de esta situación, pero que ella solo siguió instrucciones: *"mirar la carta, me di cuenta que también decía GDS. Decía Seguros del Estado y seguí la directriz que me habían dado de entregarla en GDS"*

Frente a la pregunta *"cómo recibió los documentos por parte de Sandra Bulla"*, la accionante contestó: *"Sandra Bulla, me entregó los documentos con un gancho, me dijo tenlos guardados que en algún momento esto se va a radicar. Ella me dice envía a Miriam a radicar, lo que yo hago es sacar copia, meter los documentos en el sobre, sellar el sobre, marcar el sobre y enviarlo"*

Describió las actuaciones que tuvo que realizar con el objetivo que la empresa GDS, le devolviera los documentos, así: *"yo llegue, hable me recibió una señora de la cual no conozco el nombre, tan pronto ella me saludo, Álvaro se acercó me saludo. Conozco a Álvaro de TTP que trabajaba con la compañía. Cuando digo que conozco fue porque lo vi en la oficina sin tener ninguna amistad cercana. Él se acerca me saludarme (sic) dice que qué hago ahí, yo le contesto que vengo a*

recoger unos documentos que trajeron en la mañana que por error mío, digo que es por error mío porque así lo había contemplado con Sandra Bulla por que pudiera generar pesar asumiendo mi error allí y me los devolvieran. Alvaro me indica que por que lo llevamos allá, confirmo lo antes dicho y se quedan con la muchacha, tenían los documentos por fuera, o sea no estaban en el sobre, se toman su tiempo y me los devuelven. Mientras van allá, al escritorio de ellos, hablaron un par de cosas, no sé qué cosas, yo estaba en el sofá, al otro lado de la pared y le dice algo. Yo te pido el favor que me los devuelvan completos que por favor nadie sepa que yo estuve allá, que me asegure que nadie sepa que yo estuve aca (sic) porque esto me puede constar el puesto. Me dice que confie (sic) en él que nadie se va enterar que ellos tuvieron esa información que rompa la carta de radicado y me los devuelven y me hacen un comentario que lo mejor es que me echen de TTP, por que (sic) TTP no me conviene. Lo mencionado antes en la conversación con Alvaro de que nadie se entrara (sic) que yo estuve allá fue dado por Sandra Bulla, por eso lo dije"

Aunado a lo anterior, la demandante la absolver el interrogatorio, afirmó que Si conocía el procedimiento de mensajería que se tenía al interior de la empresa para relacionar las diligencias en el área de mensajería, describiendo seguidamente el trámite: "es importante resaltar que en este momento después de tantos años, no recuerdo puntualmente como se hace este procedimiento, como les digo voy a comentar lo que me acuerdo, porque en este momento después de casi cuatro años no lo tengo así súper claro, entonces puede que haya cosas que no lo diga al pie de la letra, entonces lo indicó tal cual me acuerdo en este momento, la solicitud se hace a través de un formato, a la recepción, a la niña de la recepción y una vez se diligencie esta planilla o esta plantilla, este documento como tal o la mensajería, entregar a esta persona y una vez inicia el proceso en curso.

Así mismo señaló que, no siguió ese procedimiento: "no señor, no seguí el procedimiento, teniendo en cuenta que eran unos documentos que me había dado aguardar la señora Sandra Bulla, como custodia ya que era algo confidencial, que me pidió el favor no lo hiciera de esa manera, sino que se los guardara y en el momento en que ella me diera la indicación se lo entregara directamente a la persona de mensajería, y me indico cuál era la dirección de la empresa donde se iba a ir." Finalmente, expuso que no confirmó el sitio de destino del documento y que la señora MIRIAM AVILES, le solicitó confirmara el destinatario de la correspondencia: "si es importante allí aclarar que, en cuanto a la persona Miriam Avilés que, si recibe de pronto, si recibe el sobre, le saca una copia a un recibido

donde dice Seguros del Estado y ella me pregunta efectivamente que si va para Seguros del Estado y yo le digo que no que va para GDS"

Adicionalmente, se escuchó la declaración de la testigo Angi González, quien actualmente trabaja en la compañía demandada, labores que ejecuta desde el mes de febrero de 2017, señalando que la demandante tuvo conocimiento del procedimiento para la remisión de correspondencia: *"porque ella me lo explicó a mí."* Que todos los que laboraban en la compañía debían sujetarse al mismo: *"desde el gerente hasta el auxiliar tenía que realizar dicho procedimiento."* Seguidamente describió dicho trámite, así: *"el procedimiento era que toda correspondencia tenía que ser dirigida electrónicamente mediante un formato que manejaba la compañía a mi correo, que en ese entonces era asistente general, de ahí yo remitía a la persona que nos ayudaba con la mensajería que es la señora de aseo que también nos ayuda con la mensajería para hacer pues dicha correspondencia"*

La anterior testigo, afirmó que ella verificó junto con la señora Miriam Avilés, que el destinatario relacionado era Seguros del Estado, por lo que le solicitó a la señora Avilés que se devolviera, y confirmará con la accionante, la dirección donde debía entregar los documentos, asegurándole la señora Sáenz Marín que era para la compañía GDS *"ella envió la mensajería a un lugar a GDS que, no debía, cuando la mensajería pues era enviada para Seguros del Estado con una reclamación, el día que ocurrieron los hechos ella le dijo verbalmente a la señora del aseo que tenía que ir hacer esa mensajería, al llegar a la recepción, la señora de la mensajería me comunica que ella va a salir a hacer dicha mensajería, cuando yo corroboro la documentación, evidenciamos con la señora del aseo, que la dirección que iba en el sobre era diferente a la dirección del acuse de recibido, yo con la autoridad que tengo de detener el proceso le digo a la señora de mensajería que se devuelva y corrobore si la dirección es así, JENY SAENZ en su momento dice que sí, que es muy urgente que se vaya hacer dicha mensajería, yo pues detuve, pero pues ella dijo que primaba la urgencia, entonces la señora de mensajería salió hacer pues esta diligencia."*

Entre tanto la testigo MIRIAM AVILES, manifestó que el motivo por el cual fue despedida la demandante, consistió en que la señora SAENZ, le entregó una documentación para ser entregada en la compañía GDS, cuando en la realidad correspondía a Seguros del Estado; que alertó del error a la accionante, pero que ella no verificó: *"si yo alerto, me devolví y pregunte que si estaban seguro de que iba para GDS, porque la carta decía que Seguros del Estado, a Jeny Sáenz"*

(...)ella no verificó, simplemente me aseguro que sí, que estaba segura que iba GDS"

El material probatorio reseñado, permite determinar que entre las funciones encomendadas a la demandante, estaba la de realizar seguimiento a los servicios de Mensajería, y pese a que no se allegó documento alguno que diera cuenta del protocolo o procedimiento a ese seguimiento, lo cierto es, que la demandante si lo describió tanto en la diligencia de descargo, como en el interrogatorio de parte absuelto ante el Juzgado de Primera Instancia, por lo que a todas luces tenía conocimiento y debía atenderlo, pero pese a ello no lo efectuó, a lo que se suma que aún cuando sabía que la documental entregada por su superior, era confidencial, y que supo del contenido del mismo, procedió a sellar y marcar el sobre, con un destinatario que no correspondía; además que pese a que le advirtieron del error, la accionante se excusó en que fue una orden de su jefe, sin que ello se hubiese probado, máxime cuando con el contenido de los documentos podía verificar dicha información, pero no lo hizo.

Finalmente, el material probatorio reseñado, permite concluir, que la demandante conoció de la gravedad del error, en la medida que, en la diligencia de descargo, preciso que cuando fue a solicitar la devolución de la correspondencia a la empresa GDS, le solicitó a la persona que la atendió que no fuera a comunicar lo acontecido porque eso le podía generar perjuicio *"que nadie sepa que yo estuve aca (sic) porque esto me puede constar el puesto."*

En este orden de ideas, al estar debidamente probada la causal que alegó la entidad empleadora para dar por terminado el contrato de trabajo de manera justa, se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

Por último, respecto al argumento de la parte accionante que le fue vulnerado su derecho de defensa y contradicción, resulta pertinente traer a colación la sentencia con radicado n.º45148 de 2014, reiterada en las sentencias n.º58083 de 2018 y SL1376 de 2020, en la que enunció:

"Es decir que, para la protección del derecho de defensa al trabajador, conforme al Parágrafo del artículo 62 del CST, salvo norma interna de la empresa que establezca un procedimiento para el despido, lo mínimo legalmente exigible es que, al momento del retiro, se le haga saber a este los motivos y razones concretas del despido, que se suponen han sido previamente establecidas por el empleador, con o sin descargos del trabajador, y que, en todo caso, este haya tenido la oportunidad de conocer y controvertir los

hechos que pueden ser constitutivos de la resolución del contrato con justa causa; esa oportunidad de contradicción no se surte necesaria o únicamente con una citación a descargos, pero si ha de facilitarse previamente al despido; es decir que el trabajador, por lo menos, conozca, con anterioridad a la terminación de la relación, los hechos generadores de la decisión de rompimiento del vínculo, y la contradicción se puede hacer de cualquier forma ante el empleador, o directamente en el debate judicial, a elección del trabajador, si él tiene el convencimiento de que no se dio la justa causa de despido; evento este último, donde el empleador tiene la carga de demostrar la veracidad y la legalidad de las acusaciones hechas en contra del trabajador, y, para tal efecto, cobra especial relevancia las pruebas de la indagación previa al despido realizada por el propio empleador, pues si no las tiene difícilmente podrá probar la justa causa, y, de no hacerlo, se hace merecedor de las debidas consecuencias jurídicas pertinentes.

Por lo anterior, la citación a descargos cuando se despide al trabajador es necesaria sólo en los casos en que una norma interna de la empresa lo haya considerado, como el reglamento de trabajo, una convención colectiva o en el mismo contrato individual de trabajo; en el presente asunto, no se probó que existiera dicha obligación al interior de la empresa y si bien en la diligencia de descargo, en su encabezado se mencionó que la actividad se realizaba en cumplimiento de la ley, la jurisprudencia, el reglamento interno y el contrato de trabajo, lo cierto es, se reitera, que resultaba necesario el aporte de ese compendio, en que se regulaba el procedimiento para darle por terminado el contrato a un trabajador, a fin de establecer, si la entidad empleadora se sujeto a ello, por lo que al no haber aportado la parte demandante el mismo, no es posible considerar que se le vulneraron los derechos alegados, mas si se tiene que este argumento solo fue expuesto al sustentar el recurso de apelación, en la medida que al leer el escrito de demanda, en ningún momento alegó al violación de las garantías constitucionales, legales o procesales, para el momento en que fue finalizada la relación laboral.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COSTAS.

Por resultar desfavorable el recurso a la demandante, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la entidad accionada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de marzo de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310500620180069401)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 001310500620180069401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500620180069401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 010-2017-00135-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: CRISTIAN JOSE OROZCO RINCÓN
DEMANDADO: COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE y DEMANDADA.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CRISTIAN JOSE OROZCO RINCON, instauró demanda ordinaria laboral contra la COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A.,

debidamente sustentada como aparece de folio 48 a 53 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demandada, vigente el 22 de noviembre de 2012 hasta el día 30 de mayo de 2014, fecha esta última en la que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa.
2. **DECLARAR** que el salario pactado fue equivalente a \$2.000.000 más comisiones.
3. **DECLARAR** que la sociedad llamada a juicio, adeuda la suma de \$35.363.636 por comisiones.
4. **DECLARAR** que la entidad demandada, no tuvo en cuenta al momento de efectuar la liquidación de prestaciones sociales, el valor devengado por comisiones.
5. **DECLARAR** que ante la falta de pago total de prestaciones, la entidad empleadora está obligada a cancelar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer y pagar el monto total de las comisiones causadas durante la vigencia de la relación laboral.
2. **CONDENAR** a **COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A.-CANCAR** a reconocer y pagar la liquidación de prestaciones sociales, teniendo en cuenta el valor percibido por comisiones.
3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de la indemnización por despido injusto.
4. **CONDENAR** a la entidad accionada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.
5. **CONDENAR** a la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social integral, teniendo en cuenta el salario realmente devengado.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A. CANCAR, antes SUBARU COLOMBIA S.A., tal como se advierte del escrito que obra de folio 105 a 117 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

El Juzgado de origen mediante providencia del 14 de junio de 2018, tuvo por contestada la demanda por parte de COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A. CANCAR, antes SUBARU COLOMBIA S.A., (folio 212)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 10º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, dictó sentencia el 10 de diciembre de 2020, así:

"PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante, señor CRISTIAN JOSÉ OROZCO RINCÓN y la sociedad demandada COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A, en el cargo de Dirección confianza y manejo de Gerente de Nacional de Usados, desde el 22 de noviembre del año 2012 hasta el 31 de mayo del año 2014, teniendo como último salario promedio el último año de servicios, salario básico de \$2.000.000, más un promedio de \$5.886.291 de comisiones y el cual terminó sin justa causa por parte del empleador, de conformidad a lo reseñado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado SOCIEDAD COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A a cancelar al señor demandante CRISTIAN JOSÉ OROZCO RINCÓN, por los siguientes conceptos, las siguientes sumas de dinero:

Comisiones por valor de \$28.126.048

La correspondiente reliquidación de prestaciones, en relación a cesantías, se condena a la demandada a pagar la reliquidación de cesantías por:

El año 2012 de \$88.669,83

El año 2013 de \$796.678

El año 2014 de \$1.458.488,77

Reliquidación de intereses a las cesantías del año 2014 \$72.924

Reliquidación de prima de servicios por \$1.458.488,77

Reliquidación de vacaciones por \$2.178.009

Por indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del CST \$10.646.492

Por indemnización del artículo 65 del CST, por los primeros 24 meses del 31 de mayo del 2014 al 31 de mayo del 2016, la suma de

\$189.270.974, a partir del mes 25, deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de intereses de libre designación certificados por la superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique, dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero condenados en esta sentencia.

Aportes a Seguridad Social, se condena a la demandada COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A a pagar a COLFONDOS S.A, Administradora del demandante, o a la que se encuentre vinculado el demandante, las diferencias por aportes a seguridad social por existir diferencias entre el IBC, que deberá pagar en las condiciones emitidas por el Fondo de Pensiones Correspondiente y sobre las siguientes diferencias en Ingreso Base de Cotización:

Año 2012:

-mes de diciembre de 2012, sobre diferencia de IBC de \$1.064.037

Año 2013:

-mes de enero de 2013, sobre diferencia de IBC de \$1.067.159

-mes de febrero de 2013, sobre diferencia de IBC de \$1.489.530

-mes de marzo de 2013, sobre diferencia de IBC de \$1.827.661

-mes de abril de 2013, sobre diferencia de IBC de \$2.384.854

-mes de julio de 2013, sobre diferencia de IBC de \$1.945.300

-mes de agosto de 2013, sobre diferencia de IBC de \$61.291

-mes de septiembre de 2013, sobre diferencia de IBC de \$140.243

-mes de octubre de 2013, sobre diferencia de IBC de \$4.254.102

Año 2014:

– Para el año 2014, mes de enero, sobre diferencia de IBC de \$21.159.437 para el cual deberá tenerse en cuenta el límite establecido para aportes en pensión por la ley 100 de 1993.

– Para el año 2014, mes de febrero, sobre diferencia de IBC de \$4.639.347

Lo anterior, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Se **DECLARA** parcialmente probada la excepción de prescripción por prestaciones sociales generadas con anterioridad, en relación a primas de servicios e intereses a las cesantías, causados con anterioridad al 02 de marzo del año 2014 y por vacaciones generadas con anterioridad al 02 de marzo del año 2013. Se declara parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación, respecto a la reliquidación de aportes de seguridad social por los meses de noviembre de 2012, mayo, junio y noviembre de 2013 y marzo, abril y mayo de 2014 y de los aportes a EPS, ARL y Caja de Compensación Familiar y, en consecuencia, se absuelve de estas pretensiones a la demandada por estos conceptos y valores. Y se declaran no probadas las excepciones de compensación, cosa juzgada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Se **CONDENA** en costas a la demandada, inclúyase por secretaria como agencias en derecho la suma de \$8.000.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante y demandada interpusieron recurso de apelación,

PARTE DEMANDANTE, indicó: *"Me permito presentar recurso de apelación de manera parcial, referente a la negación del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías causadas para el año 2013 que fueron negadas. Toda vez que considero, que al expediente y dentro del proceso, siendo más aún cuando fueron solicitadas por el Despacho, se demostró que en efecto la empresa no cumplió con esa obligación, no cumplió con ese deber y en este momento quedó comprobado dentro del proceso al margen del debate, la intensidad del mismo, que se haya dado dentro del proceso e inclusive dentro de la solicitud misma referida en la demanda. Considero que, si quedó demostrado, que, si quedó probado, que a mi juicio y respetuosamente apartándome de lo que manifiesta la señora Juez, considero que, si se pudo haber ejercido las facultades ultra y extra petita referente a ese punto, referente a las condenas impuestas, manifiesto mi inconformidad y en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación referente solo a ese punto."*

Mientras la **PARTE DEMANDADA**, señaló: *"Se pretende con el presente recurso, que el Superior revoque en su integridad la sentencia apelada y en su lugar absuelva a la entidad que represento conforme a las siguientes razones y fundamento: desde la contestación de la demanda se propuso como excepción la cosa juzgada, con motivo de haberse firmado un acta de conciliación y allí se conciliaron, entre otras, las prestaciones sociales de manera integral por concepto y como consecuencia de la existencia de la relación laboral, luego, si se conciliaron allí y se pagó una cifra, no existe razón para que ahora se insista nuevamente, toda vez que eleva a la categoría de cosa juzgada. Por otra parte, existe prescripción frente al pago de comisiones, toda vez que el contrato de trabajo se terminó el 30 de mayo de 2014 y se presentó la conciliación en junio del 2014, superaron el término de los 3 años, toda vez que se debe contar es el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda y el auto admisorio de la demanda fue notificado el 22 de febrero del 2018, luego, ya habían*

transcurrido conforme al artículo 94 del Código de Procedimiento Civil y había operado la prescripción frente a esos derechos; e igualmente, frente a las comisiones, dentro de las tantas documentales que se aportaron, allí obra el pago de esas comisiones a partir del mes de noviembre del 2013 hasta marzo de 2014, solamente quedaron pendientes por verificar las comisiones de abril y mayo de 2014. Igualmente, frente a la condena por despido injusto, claramente está demostrado a través de los testimonios que se practicaron, que el trabajador incumplió sus obligaciones y como consecuencia de eso es que se termina el contrato de trabajo. Frente a la sanción moratoria impuesta por el juzgado, debo manifestar que la entidad que represento, obró de buena fe pagando lo que a ella le correspondía pagar al trabajador y así se realizó los diferentes pagos y las diferentes fases. Frente a la insistencia del pago de la indemnización, conforme al artículo 99 de la ley 50 de 1990, debo manifestar que no fue objeto de las pretensiones de la demanda, como tampoco fue debatido en el desarrollo procesal, por lo tanto, ese tema no incumbe en esta instancia tenerlo en cuenta frente a la decisión que tome el superior. Dejo de esa manera sustentado el recurso, insistiendo nuevamente para que el Tribunal revoque la sentencia impugnada."

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: En primer lugar si se configuró la excepción de cosa juzgada. En caso contrario, si hay lugar a reconocer y pagar las comisiones reclamadas y a reliquidar las prestaciones sociales. Así mismo, si el medio exceptivo de la prescripción afecto alguna prestación y si el demandante, tiene derecho a la indemnización por despido injusto, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante CRISTIAN JOSE OROZCO RINCON suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A., vigente entre el 22 de noviembre de 2012 y el 31 de mayo de 2014, ejerciendo el cargo de Gerente Nacional de usados, con una asignación igual a \$2.000.000, como

suelo básico más comisiones, pues así quedo definido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a este tema.

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

Ahora, aduce la compañía accionada que suscribió un acta de conciliación con el demandante, en la que se estipuló el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo que considera se configuró la excepción de cosa juzgada.

A efectos, de resolver el anterior cuestionamiento, el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y 303 del C.G.P., determinan los presupuestos para la existencia del medio exceptivo en mención, así:

- a). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes.
- b). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones.
- c). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.

Por otra parte la Corte Constitucional en la sentencia C-902 de 2008, manifestó:

"La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable.

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad.

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto examinado, esta Sala encuentra que el día 20 de junio de 2014, acudieron ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC 2, las partes hoy en litigio, para que le fuese pagado al trabajador demandante, las comisiones por valor de \$45.000.000, acordándose lo siguiente (folio 44):

"La parte solicitada manifiesta que se le cancela al señor Cristian Orozco el pago de las prestaciones sociales por la suma de \$3.863.201, suma que le será entregada mediante cheque número 0001931 del banco BBVA de fecha 19 de junio del 2014, en cuanto las comisiones estas serán verificadas con el querellante y la de los meses de Abril y Mayo están pendientes de pago.

(...)

Luego de discutir diversas fórmulas de arreglo, no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio sobre la segunda pretensión de la parte solicitante, relativa a las comisiones que se le adeudan al señor Cristian Orozco están serán verificada por la empresa y el querellante. Por lo tanto, si la parte solicitante así lo quiere, puede acudir a la jurisdicción ordinaria del trabajo para reclamar ante ella."

Mientras, en el proceso ordinario que se analiza, el actor petitiona el pago total de las comisiones que se causaron durante la vigencia del vínculo laboral que celebró con la compañía accionada y como consecuencia de ello se proceda a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social (folio 48-49)

De acuerdo, al material probatorio reseñado, establece esta Sala de Decisión, lo siguiente.

1. Existió identidad de partes, pues tanto en la conciliación extrajudicial, como en la presente controversia, el demandante es el señor CRISTIAN JOSE OROZCO, en tanto la entidad llamada a juicio, lo es, COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A., empero no acontece lo mismo frente al objeto y causa, en la medida que si bien a través del mecanismo de solución de conflicto, el accionante pretendió el pago de las comisiones, frente a este rubro no hubo acuerdo alguno, dejándose claro en el acta respectiva, que podía acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, para reclamar la mencionada acreencia.

2. Adicionalmente, la entidad demandada en la conciliación, aceptó que no había reconocido las prestaciones, por lo que procedió a su pago. Mientras que, en la acción ordinaria de la referencia, el actor NO pretende el pago de esas prestaciones, pues reconoce que las mismas ya fueron canceladas, solo peticona que una vez pagadas las comisiones que viene reclamando y que generó durante la vigencia de la relación laboral, esas sumas sean incluidas en la liquidación de prestaciones sociales, lo que a su juicio generaría un mayor valor al otorgado por la pasiva.

En los anteriores términos, se logra determinar que el medio exceptivo de la cosa juzgada no se configuró, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

COMISIONES

Sabido es que las comisiones, a la luz de lo establecido en el artículo 127 del C.S.T., constituyen salario: *"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."*

Igualmente, la Sala de Casación Laboral en la sentencia n.º SL-3479 de 2018 y SL-1798 de 2018, precisó:

"Observa la Sala, por vía de doctrina, que con arreglo al artículo 127 del C.S. del T. las comisiones pactadas entre el empresario y el trabajador son factor de salario en su integridad, sin que sea dable escindirlos en sumas que se otorgan como alojamiento y gastos de representación. Si las partes desean convenir estos últimos conceptos para que sean devengados por el empleado, lo pueden hacer en otra estipulación con las consecuencias que permite el artículo 15 de la ley (sic) 50 de 1990 (exclusión para efectos de prestaciones sociales), pero sin afectar la autonomía que revisten las comisiones, las que dada su naturaleza y previsión legal, siempre tienen una connotación salarial, por lo que un pacto en contrario sería ineficaz"

Luego entonces, por disposición legal las comisiones que cause el trabajador durante la vigencia de la relación laboral, constituye salario y cualquier pacto en contrario es ineficaz.

En el caso del demandante, no es objeto de controversia la naturaleza salarial de las comisiones, en la medida que así se dejó sentado desde la suscripción del contrato de trabajo al estipularse: *"SALARIO MENSUAL: \$2.000.000 +comisión del 10% de la utilidad neta del centro de costos usados menos todos los gastos del centro de costo de usados"* (folio 180), radicando la discusión en la suma reconocida, pues mientras el demandante aduce que se le adeuda \$35.363.636.36, por comisiones generadas entre diciembre de 2012 y abril de 2014, la entidad convocada a juicio, en sus argumentos de defensa afirmó: *"mi representada cancelo (sic) lo relacionado con las comisiones, durante la vigencia del contrato de trabajo."* (folio 108)

Por lo anterior y a efectos de establecer el monto de la mencionada acreencia, se debe tener en cuenta para su liquidación, según lo enuncia el contrato de trabajo, los siguientes factores:

1. Venta de vehículos usados.
1. La utilidad neta del centro de costos usados.
2. menos todos los gastos del centro de costo de usados

Al revisar el material probatorio incorporado por el actor, no existe evidencia el número de vehículos vendidos, ni la utilidad neta, ni los gastos del centro de costo, para cuantificar las comisiones, en la medida que tan solo allegó el certificado de existencia y representación legal de la entidad demandada, correos electrónicos sobre comprobante de pago de salarios y comisiones, acta de conciliación parcial y derecho de petición que radicó ante la pasiva (folio 2-47), sin que tal presupuesto se tenga por surtido del correo que obra a folio 7 del plenario, en el describe el valor de las comisiones y el número de ventas de vehículos usados, dado que se trata de un documento elaborado por él mismo, sin soporte o respaldo alguno. Sin embargo, pese al deficiente despliegue probatorio del accionante, de los correos electrónicos y documentos que entregó la demandada, se puede establecer el monto de lo causado por comisiones así:

1. Correo de fecha 10 de enero de 2013, remitido por el Gerente General de la entidad demandada con destino a Clara E. González, con copia a Luis Eduardo Echeverry Arbeláez, Sandra Corzo (folio 268):

"ASUNTO: RV: Utilidad Vehículos Usados Diciembre de 2012. Luis como estas. La idea implementar un P&G de usados con centro de costos. De la utilidad neta de usados el Sr Cristian gana el 10%. Propongo por el momento:"

Ventas:	\$526.430.000
Costos:	\$507.525.321
Utilidad flotilla:	18.904.679
Comisiones:	\$5.264.300
Sueldo Cristian (sic):	\$2.000.000
Utilidad neta	\$11.640.379
otros gastos	\$1.000.000
utilidad neta	\$10.640.379
Comisión Cristian	10%
	\$1.064.038

En este orden, el mencionado correo-elaborado y presentado dentro del proceso por el mismo empleador-, se determina que el valor de las comisiones causadas para el mes de diciembre de 2012, fue equivalente a **\$1.064.038**, suma que no ha sido entregado al actor.

Se debe advertir, que si bien la pasiva allegó un certificado a través del cual indica los valores pagados desde diciembre de 2012 hasta marzo de 2014, por concepto de comisiones (folio 177), este documento no alcanza a evidenciar el pago de las cifras relacionadas, más cuando al cotejarse con el reporte de movimientos bancario, estos solo señalan "AUTORIZADO" mas no cancelado o pagado, además que las sumas ahí descritas no coinciden con las enunciadas en el certificado mencionado precedentemente. Igual situación acontece con los desprendibles de nómina, pues solo relacionan los conceptos y valores, mas no que hubiesen sido pagados, además que no contiene la firma del trabajador como señal de aceptación (folio 225-257, 275-300, 301-326)

2. CORREO de fecha 20 de febrero de 2013, elaborado por el GERENTE GENERAL para jmolina@subaru.com.co, corozco@subaru.com.co (folio 272):

"El Sr Orozco tiene comisiones del 10% sobre la utilidad neta de su centro de costos.

(...)

2. La utilidad de enero fueron sistema en usados 33 millones a esto le restamos 9 de otros gastos y 2 del sueldo de Cristian para una utilidad neta CLACULADA de 22 millones. Sobre este valor el 10% serian 2,2 millones de comisiones de Enero."

Por lo tanto al aceptar el empleador, a través de ese medio electrónico que lo adeudado por comisiones para el mes de enero de 2013, es de \$2.200.000, y al no evidenciarse su pago, por las mismas razones esgrimidas anteriormente, esto es, que el certificado que obra a folio 177, así como los movimientos de cuentas bancarias y desprendible de nómina, describen tan solo unas sumas y conceptos, en principio habría lugar a emitir condena por la cifra mencionada; sin embargo, el actor en el hecho cuarto de la demanda, indica que solo está pendiente de pago \$1.636.363.64, por lo que la condena se emitirá solo respecto de esta suma.

3. Frente a las comisiones de febrero, marzo, junio, julio y septiembre de 2013 y abril y mayo de 2014 (folio 276, 279, 284, 291, 294, 301, 325 y 326), contrario a lo considerado por el A-quo, los cuadros que contienen el valor de venta, valor de compra, utilidad, alistamientos, publicidad y gastos financieros, y traídos al debate por quien figuró como empleador, arrojan la cifra por utilidad neta, mas no prueban todos los gastos del centro de costo de usados, presupuesto este último que se requería, para poder hallar el valor de las comisiones, tal como lo dejo estipulado el contrato de trabajo, sumado a que dicha relación contiene el nombre de varios vendedores entre los que figura el actor, por lo que surge la duda si la utilidad neta, era de las ventas efectuadas por el demandante únicamente o de todos los vendedores de la compañía, ello en la medida que él ostentaba el cargo de Gerente Nacional de Usados, por lo que no hay lugar a emitir condena por comisiones frente a las mensualidades enunciadas.

4. En relación, con las comisiones del mes de abril de 2013, del correo electrónico que obra a folio 282, el personal de nómina de la compañía demandada, reconoce que el accionante generó una cifra \$4.412.516, y a pesar que la entidad no logró acreditar su pago, el accionante junto con la demanda, incorporó unos correos, contentivos de unos comprobantes, los cuales demuestran que para ese mes, el

trabajador recibió por comisiones \$2.027.661 (folio 35-36), es decir, queda un pago pendiente de \$2.384.855, cifra respecto de la cual se emitirá condena.

5. De las comisiones del mes de mayo de 2013, probado esta que, la pasiva allegó un cuadro que aunque no contiene su firma, el hecho de incorporarlo al plenario, da cuenta de la aceptación de su contenido, el cual expresa que el valor causado para ese mes fue de \$4.243.808, empero aun cuando la compañía demandada no demostró su pago, de los desprendibles que anexó el mismo demandante con el libelo inicial, se puede concluir que para esa mensualidad recibió por comisiones \$4.412.516, cifra superior a la ya enunciada, por lo que NO habrá lugar a emitir condena (folio 20-287).

6. La situación descrita en el párrafo anterior, ocurre también en relación con las comisiones del mes de agosto de 2013, toda vez que del cuadro entregado por la entidad empleadora, se evidencia por esta acreencia la suma de \$3.479.110, en tanto el desprendible de nómina incorporado por el actor, da cuenta de un pago de \$3.417.819 (folio 12- 297), por lo que solo resta pagar \$61.291.

6. De las comisiones del mes de octubre 2013, el cuadro que obra a folio 304, que aunque no contiene la firma de la sociedad accionada, el hecho de haberlo incorporarlo al plenario, da cuenta de la aceptación de su contenido, expresa que el valor causado para ese mes fue de \$7.602.417, empero el demandante de los comprobantes allegados, relaciona uno que establece el pago por comisiones para esa mensualidad, en un valor equivalente a \$3.348.315, quedando un saldo a favor del trabajador de \$4.254.102, por lo que esta sería la condena a impartir, pero el actor en la demanda, describe que solo está pendiente de pago \$2.454.545,45, concluyéndose que el resto fue cancelado, valor este último frente al cual se ordenará su pago (folio 10 y 304).

6. En tratándose de las comisiones del mes de noviembre y diciembre de 2013, acontece una situación similar a la descrita en el párrafo anterior, en el entendido que los cuadros anexos por la demandada carecen de firma, pero cuyo aporte al plenario, permiten considerar que fueron elaborados por ella, por lo que se determina, que las comisiones causadas para los meses precitados fue de \$7.014.485 y \$4.974.046 respectivamente, sin que se demuestre pago alguno, toda vez que como bien ya se mencionó el certificado expedido por la demandada obrante a folio 177, no establece que las sumas descritas hayan sido canceladas,

más cuando al cotejarse con el reporte de movimientos bancario, estos solo señalan "AUTORIZADO" mas no cancelado o pagado, además que las sumas ahí descritas no coinciden con las enunciadas en el certificado mencionado precedentemente. Mientras que, los desprendibles de nómina, solo relacionan los conceptos y valores, mas no que hubiesen sido pagados, además que no contiene la firma del trabajador como señal de aceptación (folio 308 y 317).

No obstante, el demandante en el hecho cuarto de la demanda, enuncia que solo está pendiente de pago para los meses citados-*noviembre y diciembre*- \$2.181.818,18 y \$2.818.181,82 respectivamente, por lo que se accederá a la súplica en los valores requeridos por el actor, al entenderse que lo restante fue pagado (folio 50).

7. La anterior circunstancia también aplica para los meses de enero y febrero de 2014, ya que de los cuadros anexos, la sociedad demandada acepta que se causaron las sumas de \$4.133.483 y \$4.057.566, respectivamente, y pese a que no se acreditó pago alguno por la pasiva, de lo manifestado por el actor, en el hecho cuarto de la demanda, se entiende que solo se adeuda las sumas \$1.636.363,64 y \$1.727.272,73 para los citados meses (folio 317-322)

7. Y finalmente para el mes de marzo de 2014, la compañía demandada describe en el cuadro visto a folio 323, que para ese mes, las comisiones fueron de \$656.107, sin que el demandante hubiese demostrado valor superior, por lo tanto al no probarse el pago de la cifra enunciada, se ordenará que la misma sea cancelada.

El material probatorio reseñado, permite concluir que la sociedad COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONAL S.A. adeuda al demandante la suma de \$16.620.836, por comisiones de los meses: diciembre de 2012, enero de 2013, abril de 2013, agosto de 2013, octubre de 2013, noviembre de 2013, diciembre de 2013, enero de 2014, febrero de 2014 y marzo de 2014, por lo que se modificara la sentencia de primera instancia frente a este aspecto.

La anterior condena conlleva a la reliquidación de la prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, pero previo a realizar las operaciones aritméticas, se analizaría lo relacionado con la excepción de prescripción.

PRESCRIPCION

Los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleador, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

En el caso del demandante, se tiene que ingresó a laborar en la compañía accionada el 22 de noviembre de 2012, pero las comisiones aquí otorgadas se causaron a partir del mes de diciembre de esa anualidad y en adelante, por lo que tenía tres años a partir de la causación de cada una para su reclamo.

El actor, citó a la entidad empleadora a audiencia de conciliación, la que se celebró el día 20 de junio de 2014, diligencia en la que solo reclamo el pago de las comisiones, por lo que se entiende que respecto de este rubro, hubo interrupción de la prescripción, iniciando nuevamente el conteo a partir de la calenda mencionada, mientras que la demanda fue radicada el 2 de marzo de 2017 y notificada a la accionada el 22 de febrero de 2018 (folio 44, 54 y 104), entendiéndose de esta forma que no transcurrió el término trienal enunciado en la legislación entre una y otra actuación, ni aquel contemplado en el artículo 94 del C.G.P., resultando claro que las comisiones arriba mencionadas, no se vieron afectada por el fenómeno jurídico en mención.

Situación distinta frente a la reliquidación de prestaciones sociales, por lo que al no evidenciarse interrupción alguna, la fecha de presentación de la demanda-02 de marzo de 2017- sirve de extremo para contabilizar el término trienal, por lo tanto, todas aquellos rubros causados a favor del actor, producto de la reliquidación, que se generaron con anterioridad al 2 de marzo de 2014, se vieron afectados por el medio exceptivo, con excepción de las vacaciones y cesantías.

Lo anterior, por cuanto respecto de las vacaciones, basta traer a colación la sentencia 71281 de 2019, que dejó claro el conteo de la prescripción de las vacaciones así: *"En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la*

prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlos desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.»

Acogiendo lo anterior, el aquí demandante ingresó el 22 de noviembre de 2012, causando el primer periodo de vacaciones, el 21 de noviembre de 2013, por lo tanto el empleador contaba desde el 22 de noviembre de 2013 hasta el 21 de noviembre de 2014 para programar la fecha del descanso, empero el contrato finalizó el 31 de mayo de 2014, por lo tanto el trabajador podía exigirlos desde esta última calenda hasta el 30 de mayo de 2017, siendo la demanda presentada el 2 de marzo de 2017, por lo que ningún rubro derivado de las vacaciones se vio afectado por la prescripción, sin embargo, modificar este aspecto de la sentencia de primera instancia, haría más gravosa la situación de la entidad demandada, único apelante en el tema, en la medida que el A-quo declaró que las vacaciones generadas antes del 2 de marzo de 2013, se vieron afectadas por este medio exceptivo. En tanto las cesantías, el derecho se hizo exigible a la terminación del vínculo laboral, mientras que en tratándose de los aportes pensionales, estos son imprescriptibles, por involucrar el derecho pensional, por lo que se confirmara la sentencia en este aspecto.

RELIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES, APORTES PENSIONALES Y VACACIONES.

El artículo 253 del C.S.T. enuncia la fórmula para establecer el monto de las cesantías, así: *"Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año."*

Por su parte el artículo 192 del C.S.T., prevé que las vacaciones se liquidaran con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan, cuando este sea variable.

Atendiendo la normativa expuesta, se realizan las operaciones aritméticas, obteniéndose lo siguiente:

Año 2012: salario promedio de **\$2.532.019**, arrojando por cesantías **\$274.302** (39 días); y aun cuando no se evidencia la suma pagada por esta acreencia, ya que la planilla obrante a folio 210, solo enuncia el valor a reconocer, mas no su pago, lo cierto es que si realizamos las operaciones, teniendo en cuenta el promedio de lo hallado únicamente por comisiones-**\$532.019-**, pues respecto del sueldo básico, entiende la Sala que las cesantías ya fueron liquidadas, se obtiene un valor de **\$57.635**, debiéndose modificar la sentencia de primera instancia.

Año 2013: el promedio salarial fue de **\$2.961.421.26** para un total de cesantías de **\$2.961.421.26** (360 días), sin que se haya incorporado comprobante de pago. No obstante, dado que se peticiona la reliquidación, incluyendo lo percibido únicamente por comisiones, entendiéndose que dicha prestación ya fue liquidada con el sueldo básico, se tomara el promedio de lo establecido por comisiones-**\$961.421-**, encontrando un total de **\$961.421**, mientras que el A-quo, condenó a la suma de **\$796.678**, lo que indica que variar la sentencia haría más gravosa la situación del llamado a juicio.

Año 2014: salario hallado **\$2.803.948.67**, para un valor por cesantías de **\$1.168.311.95. (150 días)**; empero la entidad canceló por este rubro **\$1.985.100**, tal como se verifica de la liquidación final que obra a folio 6, por lo que no hay lugar a emitir condena alguna correspondiente a la anualidad señalada.

Mientras los **intereses sobre las cesantías**, para el año 2014, dada la prescripción, ascenderían a \$58.415, pero la entidad demanda pago \$99.255, por lo que no se adeuda suma por este concepto, e igual situación acontece con la prima de servicio, en la medida que realizados los cálculos, este fue igual a \$1.168.311.95, en tanto el empleador pagó \$1.985.100 (folio 6).

Aunado a lo anterior por vacaciones generadas desde la fecha indicada por el A-quo, dada la prescripción decretada-02 de marzo de 2013- hasta la finalización

del vínculo-31 de mayo de 2014-, se obtuvo un valor de \$2.315.113.86, pagando la compañía la suma de \$1.530.698 (folio 6), por lo que el saldo sería igual a **\$784.415.86 (folio 6)**, en tanto el juzgado de origen, emitió condena por \$2.178.009, lo que genera una variación en la sentencia.

Frente a los aportes al sistema de seguridad social, se ordenará a la sociedad demandada que realice el reporte a la AFP a la cual se encuentra afiliado el demandante, teniendo en cuenta el salario realmente devengado, solo para los CICLOS que, a continuación se relacionan pues respecto de las restantes el empleador reportó un salario superior:

DIC-2012: IBC \$3.064.038

ENE-2013: IBC: \$3.636.363.64

ABR-2013: IBC: \$4.384.855

FEB-2014: IBC: \$3.727.272.73

CICLO	IBC REPORTADO	FOLIO	SALARIO HALLADO	DIFERENCIA
dic-12	\$ 2.000.000,00	330	\$ 3.064.038,00	\$ 1.064.038,00
ene-13	\$ 3.064.000,00	333	\$3.636.363,64	\$572.363,64
feb-13	\$ 4.200.000,00	338	\$2.000.000,00	-\$2.200.000,00
mar-13	\$ 3.690.000,00	341	\$2.000.000,00	-\$1.690.000,00
abr-13	\$ 4.027.000,00	346	\$4.384.855,00	\$357.855,00
may-13	\$ 6.413.000,00	349	\$2.000.000,00	-\$4.413.000,00
jun-13	\$ 6.573.000,00	354	\$2.000.000,00	-\$4.573.000,00
jul-13	\$ 4.674.000,00	357	\$2.000.000,00	-\$2.674.000,00
ago-13	\$ 5.418.000,00	362	\$2.061.291,00	-\$3.356.709,00
sep-13	\$ 5.479.000,00	365	\$2.000.000,00	-\$3.479.000,00
oct-13	\$ 5.348.000,00	371	\$4.454.545,45	-\$893.454,55
nov-13	\$ 9.602.000,00	376	\$4.181.818,18	-\$5.420.181,82
dic-13	\$ 9.014.000,00	381	\$4.818.181,82	-\$4.195.818,18
ene-14	\$ 9.028.000,00	385	\$3.636.363,64	-\$5.391.636,36
feb-14	\$ 2.000.000,00	390	\$3.727.272,73	\$1.727.272,73
mar-14	\$ 10.191.000,00	394	\$2.656.107,00	-\$7.534.893,00
abr-14	\$ 3.215.000,00	398	\$2.000.000,00	-\$1.215.000,00
may-14	\$ 2.000.000,00	403	\$2.000.000,00	\$0,00

Por lo expuesto, la sentencia de primera instancia será modificada, respecto de la reliquidación de cesantías del año 2012, en tanto se mantendrá el valor arrojado o enunciado por el Juzgado de origen correspondiente al año 2013, y respecto de 2014, se absolverá a la sociedad, ya que pagó más de lo hallado en esta instancia, también se absolverá de los intereses sobre las cesantías del año 2014 y primas

de servicio de esa misma anualidad, al pagar el empleador suma superior a lo establecido por esta Corporación. Mientras que por vacaciones, se modificara la condena, en el entendido que asciende a \$784.415.86, en tanto por aportes pensionales, solo se ordenara realizar las cotizaciones al sistema, con el salario realmente devengado por el trabajador, para los meses de diciembre de 2012, enero y abril de 2013 y febrero de 2014.

SANCION POR NO CONSIGNACION DE LAS CESANTIAS E INDEMNIZACION MORATORIA.

Respecto de la sanción por no consignación de las cesantías, esta Sala no entrara a su estudio, como quiera que no fue peticionada en la demanda, y si bien el artículo 50 del C.P.T. y S.S., prevé las facultades ultra y extra petita, las mismas están contempladas para los jueces, siempre que haya sido tema de discusión y esté debidamente probada, no siendo la sustentación del recurso de apelación, para oportunidad procesal para ello. Por lo tanto, al no configurarse los presupuestos para la procedencia de las facultades mencionadas, no hay lugar a atender de manera favorable el recurso del demandante.

Frente a la indemnización moratoria, sabido es que está regulada por el artículo 65 del C.S.T. y procede una vez finalizado el vínculo laboral, siempre que se adeuden salarios y prestaciones sociales.

A lo anterior se agrega, que la aplicación de la mencionada sanción, no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que éste, debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de las sanciones.

En ese sentido, debe indicarse que el H. Corte Supremo de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

"Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe"

Con base en las anteriores precisiones, se tiene que el asunto de marras, se habrá de absolver de la mencionada indemnización, en la medida que se considera que la compañía empleadora, actuó de buena fe, ya que cumplió con sus obligaciones respecto del trabajador, surgiendo la disparidad en la fórmula para determinar el valor pagado por comisiones, es decir, la entidad creyó pagar aquellas que se habían causado, mientras el actor, consideraba que las sumas canceladas debían ser superiores, aunado a que nunca desconoció la naturaleza salarial de este rubro.

Adicionalmente, la demandada requirió el actor, para que allegara los soportes y liquidaciones, sobre las comisiones supuestamente adeudadas, a fin de establecer el monto real y el cálculo por él realizado para determinar si se ajustaba a lo contemplado en el contrato de trabajo, lo que da cuenta de su disponibilidad para atender lo solicitado por el trabajador, empero este último no allegó los soportes o liquidaciones:

COMUNICACIÓN INTERNA-MAYO 1 DE 2014: *"Por medio del presente, muy comedidamente le solicitamos el favor de entregarnos las bases de liquidaciones, mediante las cuales usted se basó para informar en su correo de fecha de mayo del corriente año, que la Compañía le adeuda comisiones desde diciembre del año 2012 a abril de 2014. Lo anterior con base en que hemos revisado los pagos de las comisiones y estas se encuentran ajustada a los parámetros señalados en*

su contrato de trabajo y conforme a su labor desarrollada y los costos y gastos de la venta de usados." (Folio 133).

Las razones consignadas, permiten considerar que no hay lugar a emitir condena por Indemnización moratoria, en la medida que la sociedad empleadora demandada, no actuó en ningún momento de mala fe, frente a las obligaciones por cumplir en relación con el demandante, por lo que se REVOCARA en este aspecto la sentencia de primera instancia.

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO.

Según lo ha establecido el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que desde antaño nuestra H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Frente al tema, la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en las sentencias n.º 48351 de 2016 y 43105 de 2014, ha enunciado: *"En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión."*

Luego entonces, en el caso del demandante, está probado que el 31 de mayo de 2014, la entidad accionada le comunicó al demandante, su decisión de dar por terminada la relación laboral, aduciendo el incumplimiento de los numerales 2), 4) y 6) literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia con los numerales 1), 4) y 5) del artículo 58 del C.S.T, al indicar: que el trabajador no cumplió con la jornada laboral asignada, además que se negó de manera

injustificada a llevar a cabo la diligencia de descargos, sumado a que no dio respuesta por escrito de los descargos, presentó varias irregularidades en el manejo de cartera y omisión en el traspaso de algunos vehículos automotores (folio 147).

El Juzgado de primera instancia, consideró que las causales alegadas por el empleador no fueron demostradas, ya que las pruebas documentales y testimoniales, no dieron cuenta de ello. Sin embargo, el apoderado de la parte demandada insiste en que de las declaraciones rendidas por los testigos, se puede verificar esos supuestos facticos, por lo que acogiendo el principio de consonancia, esta instancia solo revisara las manifestaciones realizadas por los testigos, y determinara si de las mismas se probó las causales alegadas en la carta y que conllevaron a la terminación del vínculo laboral.

Se tiene un primer lugar que el demandante al absolver el interrogatorio de parte, indicó que no estaba sujeto a un horario laboral, dado el cargo que desempeñaba, además que todo vehículo que saliera de la compañía debía estar cancelado en su totalidad y que los traspaso de los automotores, era una función asignada al departamento de trámite *"los documentos de traspaso, los revisaba el departamento de trámite directamente, yo no tenía un control 100% sobre eso, porque eso lo hacía trámite, tramites lo hacía siempre, en todos los casos (...) El cliente pasaba a trámites y allá le pedían todo lo pertinente a eso, incluidos los contratos y todo, que firmaban los clientes, pero yo no lleva un control de eso porque no hacían parte de mis funciones."*

Ahora la testigo CLARA AMELIA SHOOL FRANCO, quien labora en la compañía demandada en el cargo de visión jurídica, adujo que al demandante lo desvincularon porque debía ejercer la función de Gerente General de usados y no lo hizo, tuvo problemas con cartera, realizaba ventas que no eran reales, solo para generar comisiones, retomó vehículos que generaron perjuicio a la compañía y vendió vehículos sin que se realizará los traspasos.

Esta testigo, no preciso o especifico el horario o jornada laboral del actor, tan solo adujo que el demandante tenía que estar de manera permanente en su lugar de trabajo, que en muchas ocasiones no se presentó o la hacía tardamente, fundamentando esta última afirmación, en que el personal de seguridad, a través de la planilla de ingreso y salida, lo reporto, pero llama la atención de la Sala, que

realice dichas manifestaciones, cuando no laboró en la misma sede del demandante, pues mientras ella desempeñaba sus funciones en la carrera 20 con calle 66, el actor lo hacía en la avenida 19 con 128, máxime cuando la compañía no allegó el plenario el supuesto control.

Por otra parte, la señora SHOOL FRANCO, expresó que entre las funciones del actor, estaba fijar los valores de los carros, pero que no podía vender el automotor por debajo del precio de retoma y que en varias ocasiones, esto último ocurrió, a sabiendas que conocía de las políticas de venta, pero seguidamente manifestó que siempre justificó el valor de la venta, afirmaciones que resultan contradictoria, pues si tenía autonomía en la fijación del precio del vehículo, porque se aduce que lo vendía por debajo del precio establecido por la compañía. Adujo que para el traspaso existían tramitadores externos a quienes se les hacía la entrega de los documentos, y que también existía una oficina de trámite para el recaudo y revisión de los documentos, por lo que desconoce esta Sala, cuál era la función exacta del demandante, frente a los traspasos.

Adicionalmente, la mencionada testigo no recuerda los vehículos a los cuales no se les realizó los traspasos, ni el nombre de los clientes que, se abstuvieron de efectuar el pago de los vehículos y que generaron perjuicios a la compañía, como tampoco describe las fechas en que todos estos inconvenientes se presentaron, circunstancias que a todas luces resultaba necesarias e indispensables, para conocer si se trataba de los automotores y personas que se describieron en la carta de despido, como para establecer la inmediatez entre los hechos, las causales alegadas por la accionada y la calenda de terminación del vínculo, más cuando dijo que no recuerda haber enviado requerimiento al actor para el mes de mayo de 2014, sobre el cobro de cartera o quejas de clientes.

Situación muy similar acontece con la otra testigo CLARA GONZALEZ ALFONSO, quien enunció que trabajo para la demandada desde el año 1990 hasta el 2018, en el departamento de personal; frente al despido efectuado al demandante, adujo que ello obedeció por el incumplimiento en sus funciones, retardo e inasistencia a su puesto de trabajo, incumplimiento de cartera y traspasos. No recuerda el nombre de los clientes pendientes de pago, ni de aquellos a los que no se les pudo realizar el traspaso. En cuanto al horario del actor, enunció que no se acordaba del mismo, ya que no estaba segura si iniciaba a las 7:30 u 8:00 de la

mañana, que inicialmente para ingresar a la empresa se firmaba una planilla, después implementaron un reloj y finalmente la huella.

La declaración de la señora GONZALEZ, resulta contradictoria con la anterior testigo, pues dijo que el demandante además de ser el Gerente General de Usados, debía realizar venta de vehículo, y que cada vendedor tenía la obligación de realizar el traspaso, así como el cobro de cartera, en tanto la testigo SHOOL FRANCO, aseguró que existían tramitadores externos y un departamento de trámite, y que ella conocía de los incumplimiento del actor, porque realizaba el cobro de cartera, aunado a que el control del ingreso y salida de la compañía se hacía a través de planilla, sin manifestar algo sobre huella o reloj.

En este orden de ideas, de las manifestaciones realizadas por las testigos no se probaron las causales que alegó la entidad empleadora para dar por terminado el contrato de trabajo de manera justa, por lo que se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de condenar a la **COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONALES S.A.** a pagar a favor del demandante las sumas por los conceptos que a continuación se describen:

A. COMISIONES: \$16.620.836, correspondiente a los meses de diciembre de 2012, enero de 2013, abril de 2013, agosto de 2013,

octubre de 2013, noviembre de 2013, diciembre de 2013, enero de 2014, febrero de 2014 y marzo de 2014

B. RELIQUIDACION CESANTIAS AÑO 2012: \$57.635

C. RELIQUIDACION DE VACACIONES 2013-2014: \$784.415.86

D. RELIQUIDACION DE APORTES PENSIONALES, reportando a la AFP, el salario realmente devengado por el trabajador demandante, así:

DIC-2012: IBC \$3.064.038; ENE-2013: IBC: \$3.636.363.64;

ABR-2013: IBC: \$4.384.855; FEB-2014: IBC: \$3.727.272.73

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA RECURRIDA, en el entendido de ABSOLVER a COMERCIALIZADORA DE AUTOMOTORES NACIONALES S.A. de la reliquidación de CESANTIAS para el año 2014, reliquidación de intereses sobre las cesantías 2014 y primas de servicios 2014, así como de la indemnización moratoria y reliquidación de aportes pensionales de los meses de febrero de 2013, marzo de 2013, mayo de 2013, junio de 2013, julio de 2013, agosto de 2013, septiembre de 2013, octubre de 2013, noviembre de 2013 y diciembre de 2013, así como enero de 2014, marzo de 2014 y abril de 2014.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO DE APELACION, en el entendido que la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION** se hace extensiva a la reliquidación de aportes al sistema general en pensiones para los meses de febrero de 2013, marzo de 2013, mayo de 2013, junio de 2013, julio de 2013, agosto de 2013, septiembre de 2013, octubre de 2013, noviembre de 2013 y diciembre de 2013, así como enero de 2014, marzo de 2014 y abril de 2014.

CUARTO: CONFIRMAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, así como parcialmente el **NUMERAL TERCERO**, esto es, en lo relacionado con la declaratoria de la **EXCEPCION DE PRESCRIPCION** y parcialmente el **NUMERAL SEGUNDO**, respecto la condena por cesantías del año 2013 e indemnización por despido injusto.

QUINTO: SIN COSTAS esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501020170013501)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501020170013501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501020170013501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No.15-2019-00685-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARCELA SALAZAR BANDERA
DEMANDADO: CARLOS RICARDO DIAZ LÓPEZ
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, según a lo ordenado en auto del 03 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARCELA SALAZAR BANDERA, instauró demanda ordinaria laboral contra el señor CARLOS RICARDO DIAZ LOPEZ, debidamente sustentada como aparece de folio 51 a 57 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con la persona natural llamada a juicio, desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 12 de junio de 2019.
2. **DECLARAR** que la relación laboral finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador.
3. **DECLARAR** que el señor **CARLOS RICARDO DIAZ LÓPEZ**, no reconoció y pago el auxilio de transporte, horas extras, dominicales, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas y aportes al sistema de seguridad social integral, que se generaron durante la vigencia del vínculo laboral.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** al demandado al pago del auxilio de transporte que se causó durante la vigencia del contrato de trabajo.
2. **CONDENAR** al pago de horas, correspondiente a 12 horas semanales y dominicales.
3. **CONDENAR** al pago de las cesantías, junto con los intereses sobre las cesantías y primas de servicios, que se generaron en vigencia de la relación laboral.
4. **CONDENAR** al accionado al pago de las vacaciones.
5. **CONDENAR** al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.
6. **CONDENAR** a la pasiva al pago de las dotaciones.
7. **CONDENAR** al pago de la indemnización por despido injusto, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.
8. **CONDENAR** al demandado a pagar las sumas adeudadas, debidamente indexadas.
9. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El señor **CARLOS RICARDO DIAZ LÓPEZ**, contestó demanda tal como se advierte del escrito que obra de folio 60 a 74 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Por auto de fecha 16 de septiembre de 2020, el Juzgado de Conocimiento tuvo por contestada la demanda (folio 159)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de marzo de 2021. **DECLARÓ** la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre la señora Marcela Salazar Bandera y el señor Carlos Ricardo Díaz López, por el período comprendido entre el 12 de septiembre del año 2017 hasta el 12 de junio del año 2019. **CONDENÓ** al demandado a reconocer en favor de la demandante las siguientes sumas de dinero, las cuales deben ser indexadas desde la terminación del contrato de trabajo hasta pago efectivo:

A.) Por concepto de Cesantías del año 2017, la suma de \$248.537; Del año 2018 la suma de \$869.453; y del año 2019, la suma de \$416.317.

B.) por concepto de intereses a las cesantías del año 2017, la suma de \$29.824 para el año 2018, al suma de \$ 104.304; para el año 2019, la suma de \$49.958.

C.) por concepto de prima de servicios para el año 2017, la suma de \$248.537; Del año 2018 la suma de \$869.453; y del año 2019, la suma de \$416.317.

D.) Vacaciones; para el año 2017, la suma de \$111.682; para el año 2018, la suma de \$390.621; para el año 2019 la suma de \$186.326.

E.) por concepto de auxilio de transporte para el año 2017 la suma de \$302.075; Para el año 2018 de \$1'058.532; y para el año 2019, la suma de \$523.973.

CONDENÓ al demandado Carlos Ricardo Díaz López, a cancelar a la demandante el cálculo actuarial por el tiempo que la demandante no estuvo afiliada al sistema general de pensiones, esto es, el período comprendido entre el 12 de septiembre del 2017 al 12 de junio del año 2019, de conformidad con la liquidación de dicho cálculo, que haga el correspondiente fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada a la demandante, teniendo en cuenta para el mismo lo correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente para cada año, conforme se expuso en la parte motiva. **AUTORIZÓ** al demandado a descontar de las condenas aquí impuestas la suma de \$496.499. **ABSOLVIÓ** al demandado de las demás pretensiones formuladas en su contra por la parte actora. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, incluida la de prescripción y **CONDENÓ** en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se declare que su jornada laboral fue de lunes a sábado y por cuya remuneración recibía la suma de \$50.000, así mismo para que se acceda al pago de horas extras, indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

Como sustento del recurso, la impugnante señaló: *"Interpongo recurso de apelación parcialmente en contra de la sentencia que usted acaba de proferir con el fin de que el superior la revoque parcialmente en lo que tiene que ver con que la trabajadora sí laboraba todos los días de la semana, de lunes a sábado, durante toda la relación laboral. De manera que pido que se revoque en ese sentido lo que tiene que ver con la parte motiva y la parte resolutive, pero de igual manera que el salario a tener en cuenta para liquidar todos los derechos laborales que tenía a su favor o que tiene a su favor la demandante se haga con base en el salario diario de \$50.000 y no el salario mínimo, como quedó en la parte motiva y en la parte resolutive de la sentencia. De igual manera, en lo que tiene que ver con el no reconocimiento o no pago de horas extras, Asimismo, en lo que tiene que ver con que no se concedió y se debe conceder no solo las horas extras a cuya petición me refería anteriormente, sino también que se le debió conceder la indemnización que habla el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, hablo de la indemnización por Mora en el pago y la indemnización a que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignación en el fondo, por tanto sí existió la mala fe. Todo ello, señor juez, es por usted, haber incurrido en los siguientes yerros o en el siguiente yerro fáctico: Haber dado por demostrado sin estarlo, que el salario que ganaba la trabajadora era el salario mínimo; Que la trabajadora no prestaba los servicios todos los días; Que la trabajadora no se demostró la existencia o la ejecución de las horas extras; Y que desconocía el artículo 65, por cuanto el empleador o de buena fe, de igual manera obró de mala fe en su concepto para no despertar favorablemente la indemnización del artículo 65 y artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Ello por no haber dado por demostrado estándolo que la trabajadora sí prestó sus servicios todos los días, que el salario que devengado era \$50.000 diarios y que trabajaba dos horas diarias de horas extras de lunes a sábado durante todos los meses de la relación laboral, que el empleador obró de mala fe y así lo prueba el material probatorio, es decir, yerro en que usted, señor juez, incurrió por la equivocada apreciación de las pruebas documentales, respuesta de la demanda, interrogatorio de parte y prueba*

testimonial. Por ello, le ruego a usted enviar el expediente al superior para que conceda estas pretensiones en las condiciones en que yo acabo de manifestar, muchas gracias, señor Juez."

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el apoderado del demandante le mereció reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S.

En los términos atrás expuestos, para la Sala la controversia a que se contrae el recurso de apelación se concreta en determinar cuál fue la jornada laboral desempeñada por la accionante, así como el salario devengado y si hay lugar a proferir condena por indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías.

Antes de adentrarnos a resolver el problema jurídico planteado cabe mencionar, que en el presente asunto no existe discusión frente a los siguientes supuestos facticos que, se reseñan a continuación, al declararlo así el Juzgado de Primera Instancia, sin que se hubiese recurrido tal decisión:

- Que la señora MARCELA SALAZAR BANDERA, prestó en la realidad sus servicios personales al señor CARLOS RICARDO DIAZ LÓPEZ, mediante un contrato de trabajo, vigente desde el 12 de septiembre de 2017 hasta el 12 de junio de 2019.
- Por lo anterior, condenó a la persona convocada a juicio, a pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y aportes al sistema de seguridad social en pensión, a través de un cálculo actuarial.

Ahora, insiste la parte demandante que, la prestación del servicio en el establecimiento de comercio de propiedad del demandado, se presentó de lunes a sábados, en una jornada laboral que le implicaba trabajar horas extras y que su salario era equivalente a \$50.000. La anterior inconformidad radicó, en que el A-

quo consideró que la labor se ejecutó por días y que al no probarse el salario alegado, lo pertinente era asignar el equivalente al salario mínimo.

Así las cosas, es sabido, que para que exista contrato de trabajo, necesario resulta que concurran los elementos esenciales de que da cuenta el Artículo 23 del C. S. del T., esto es i) la actividad personal del trabajador ii) su subordinación o dependencia respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio prestado, todo ello ajustado a los términos y condiciones contenidas en la norma en cita.

Así mismo, es ampliamente conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien el actor no tiene por obligación demostrar la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

En ese orden de ideas, incumbe al demandante demostrar la prestación personal del servicio y a la demandada desvirtuar la presunción del ya mencionado Artículo 24 del C. S. del T., es decir, que las partes corren con la carga de la prueba en los términos y condiciones ya mencionadas, previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso y sin perjuicio de las presunciones legales aplicables a la materia.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado SL 6621 de 2017, ha expresado:

"Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de

elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma."

Por lo anterior, resulta claro que si lo pretendido por la parte demandante es que declare que la prestación del servicio se efectuó de lunes a sábado en un horario comprendido entre las 9:00 a.m. y las 7:00 p.m., con una asignación de \$50.000, le correspondía demostrar dichos presupuestos, más cuando el accionado al contestar demanda, aseguró que la labor desempeñada por la señora SALAZAR BANDERAS, se realizó durante tres o cuatro días a la semana, con una asignación de \$35.000. (Folio 60).

A efectos de probar la jornada laboral, la demandante allegó una certificación expedida por el demandado, en calidad de representante legal de un establecimiento denominado MAGICPETS, documento en el que solo se indica que, la señora MARCELA SALAZAR BANDERA, laboró en dicha empresa desde septiembre de 2017 hasta el 12 de junio de 2019, desempeñando el cargo de oficios varios, empero no se relaciona nada respecto de la jornada de trabajo (folio 9).

Adicionalmente, incorporó el registro mercantil del demandado, fotografías e impresión de documento titulado "chat de whatsapp con Magic pets grupo" (folio 10-56), empero este material no alcanza materializar o demostrar que la demandante prestó los servicios en el horario y días reseñados en la demanda, más si se tiene que la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2020, frente al valor probatorio atenuado de las capturas de pantalla o "pantallazos" extraídos de la aplicación WhatsApp, ha indicado lo siguiente:

*"Técnicamente definimos a las capturas de pantalla como aquella imagen digital de lo que debería ser visible en un monitor de computadora, televisión u otro dispositivo de salida visual. (...) A través de los mismos se procura **lograr un indicio** sobre si un determinado contenido fue transmitido por la red a un determinado usuario destinatario (caso sistemas de mensajería) o, por ejemplo, determinar la existencia de una publicación en una red social (v.gr. Facebook o Twitter) (...).*

Las capturas de pantalla impresas, no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. (...) || Reiteramos, esa copia no es el documento electrónico original generado a través de la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la

necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad

Por otra parte, se analizaron las declaraciones rendidas por los testigos e interrogatorios de parte, considerándose, que tampoco a través de sus versiones se logró acreditar los presupuestos alegados, por lo siguiente:

El demandado manifestó en su interrogatorio que inicialmente la remuneración pactada fue de \$35.000, después de \$45.000 y finalmente de \$50.000: "No es cierto, debido a que en el año 2017 cuando la señorita Marcela ofreció y se pactó lo que, nosotros hablamos para su prestación de servicio, fue un valor de \$35.000, por cada prestación del servicio cuando ella estuviera disponible, este valor se mantuvo hasta abril de 2018, y del 2018 abril de 2019, se subió a \$40.000 por día de servicio prestado, únicamente esos 50, fueron los meses de mayo y junio." Esta declaración no alcanza a dar por sentado la jornada laboral asignada a la accionante, ya que habló solo que, las tareas de peluquería ejecutadas por la señora Salazar Bandera, las realizaba cuando tenía disponibilidad, presupuesto que a todas luces, resultaba necesario probar, para constatar si computados los días trabajados con la remuneración asignada, estos eran superiores al salario mínimo, durante el tiempo que estuvo vigente el vínculo laboral.

La testigo **MARÍA ALEXANDRA VELANDÍA**, aseguró en su declaración, QUE conoció a la demandante porque fueron compañeras de trabajo en el negocio del accionado, entre abril y junio de 2019, tiempo durante el cual prestó sus servicios a ese establecimiento; dijo que la demandante trabajó en un horario de 9:00 a.m. a 7:00 p.m. de lunes a sábados, con exclusividad, empero nótese que solo fue compañera de trabajo de la actor, por algo más de dos meses, sumado a que manifiesta que la señora SALAZAR tenía exclusividad con el demandado, algo que es total falso, como quiera que la misma demandante en su interrogatorio manifestó que trabajó en otros lugares, por fuera del horario establecido por el accionado, contrariedades que le restan credibilidad a su declaración.

La testigo **MERY JAZMIN PIRAGUATA ALVAREZ**, señaló que es la administradora del establecimiento de propiedad del demandado, cargo que desempeña desde el año 2018 y hasta la actualidad, que sus funciones consisten en estar en la recepción del local, realizar las ventas, coordinar las consultas veterinarias, contestar el teléfono, recibir pedidos y también coordinar con Ricardo

las citas de peluquería canina, que conoció a la demandante, porque prestaba ocasionalmente los servicios de peluquería canina *"algunas veces en el 2018 y 2019, (...) iba aproximadamente una vez a la semana o dos a lo mucho"* que a veces no tenía disponibilidad de tiempo por lo que tenían que recurrir a otro prestador del servicio.

La señora **YEIMY ANDREA CHAPARRO** en su testimonio adujo, que conoce a la demandante hace más de cinco años, desde el 2015 o 2016, que trabajo en MAGIC PETS, desde 9 de marzo de 2019 hasta mediados de junio de 2019, que laboró allí por días: *"solo los días que me necesitaban"*, generalmente los sábados o el martes después de un lunes festivo, pero aun así asegura que la demandante si estaba de lunes a sábado, cumpliendo un horario de 9:00 a.m. a 7:00 p.m.

El testigo **FABIAN LEONARDO URIBE**, enunció en su declaración que prestó sus servicios a MAGIC PETS, que la actividad la desarrolló dos o tres días a la semana, durante los últimos meses del año 2018, tiempo durante el cual no percibió a la demandante.

La testigo **ANA MONGUA**, solicitada por la demandante, adujo que conoció a MARCELA SALAZAR, porque trabajó en una sociedad como recepcionista y oficios varios, donde ella también laboraba, llamada IPER SAS. Que conoció también al accionado, en unas capacitaciones, que asesoró al señor DIAZ LOPEZ, para la apertura del Establecimiento de Comercio, para ingresar en la Cámara de Comercio, sobre afiliaciones a la ARL y registro en el RUT. Frente a la relación laboral que sostuvieron las partes en litigio, aseguró: *"que le iba ofrecer un salario de 40 mil pesos y no supe más de esa relación"*, seguidamente manifestó que, iba al establecimiento de propiedad del demandado dos veces por semana y veía allí a la accionante. En cuanto a la jornada laboral expresó: *"ella tenía un horario de 9 de la mañana a siete de la noche, pero como les cuento muchas veces que yo fui en las horas la noche, era las ocho de la noche, yo que sé que en este tipo de negocios, los dueños de la mascotas, llegan a las siete y medio, ocho, ocho y medio o nueve, o la demora en bañar o reclamar un perrito, entonces casi por lo general yo la veía de las 9 de la mañana a siete u ocho de la noche de lunes a sábado."*

A pesar de lo expresado por esta testigo, no es posible tener certeza de la jornada laboral, en la medida que su declaración resulta contradictoria, toda vez que a pesar de que visitaba la veterinaria dos veces por semanas, le consta que la

demandante laboraba de lunes a sábado de 9 de la mañana a 7 de la noche, y al ser preguntada sobre dicha contrariedad, manifestó que lo sabía por qué el señor Ricardo le comentaba: *"yo hablaba con Ricardo, el me comento eso."*

Entre tanto **CARLOS ARTURO SIERRA**, quien prestó los servicios de peluquería canina y baño de mascota en el negocio del demandado, entre agosto a diciembre de 2017, aseguró que dicha actividad la desarrollaba los días sábados y entre semana cuando el señor Ricardo Díaz, lo requiriera, que solo se "topo" con la demandante un sábado, ejerciendo las mismas funciones de él.

Adicionalmente la testigo **YULI CATHERINE CUNCANCHUN**, aseguró que conoció a la accionante, porque fue su compañera de trabajo, en la veterinaria denominada Magicpets, que trabajó allí-testigo-desde marzo de 2018 a febrero de 2019, que inicialmente no iba todos los días a trabajar, y pese a esta última situación describe o da fe que la demandante si trabajaba de lunes a sábado, en un horario de 9:00 a.m. a 7:00 p.m., es decir, al igual que los restantes testigos peticionados por la parte actora, se trata de una persona que no le consta la jornada laboral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, luego, tampoco de esta declaración se tiene certeza que, la demandante si lo hacía de lunes a sábado y en el horario ya enunciado.

Finalmente se escuchó la versión de **NELLY PIRAGAUTA ALVAREZ**, quien es la cónyuge del señor RICARDO DÍAZ, afirmó que conoció de todas las actividades desempeñadas en el establecimiento, porque se trataba de un negocio familiar, que asistía a la veterinaria de lunes a sábados, entre semana después de la cuatro de la tarde y los sábados todo el día, que la demandante prestó los servicios en el negocio, ejecutando las actividades de baño y peluquería canina y que ella desempeñaba esa labor dos o tres días a la semanas: *"se realizaba de dos, máximo tres días a la semana."* Que en septiembre de 2017, se pactó como remuneración la suma de \$35.000 por prestación de servicio. Así mismo expuso, que en ocasiones la actora no tuvo disponibilidad para asistir a la veterinaria y tenían que acudir a otra persona.

En este orden de ideas se llega a la conclusión que los testigos peticionados por la demandante, no acreditan la jornada laboral que se alega, en la medida que además de que se trata de personas cuya laborar se prestó por un tiempo, que no abarca la vigencia del contrato de trabajo, solo laboraron o estuvieron en el

establecimiento, ocasionalmente o algunos días, más que sus declaraciones resultan contradictorias.

Por el contrario los testigos del demandado al unísono, adujeron que la demandante prestó sus servicios en el establecimiento del actor, de manera ocasional, solo algunos días por semana.

Luego entonces, al no probar la parte demandante la prestación del servicio en el negocio denominada MAGIC PETS, de lunes a sábado en un horario de 9:00 a.m. a 7:00 p.m. con una asignación de \$50.000, no es posible liquidar las prestaciones sociales con un salario superior al mínimo legal, y teniendo en cuenta el total de tiempo laborado, como tampoco hablar de horas extras, al no demostrarse la jornada laboral pactada, lo que resultaba necesario para establecer que la misma excedía aquella legal o determinada por las partes.

SANCION POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En efecto, tenemos que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece frente al pago de las cesantías, lo siguiente:

"Art. 99.- El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: ...3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Luego entonces, de conformidad con la normativa expuesta, la sanción enunciada, surge a la vida jurídica a partir del 15 de febrero de cada anualidad, en la medida que antes de ese día, el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía, por lo tanto si este no cumple con dicha obligación en la fecha señalada, la sanción enunciada empieza su vigencia.

Entre tanto la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, empieza a correr una vez finalizado el vínculo laboral, siempre que se adeuden salarios y prestaciones sociales.

A lo anterior se agrega, que la aplicación de las mencionadas sanciones, no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de las sanciones.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

“Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales–, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe”

Así las cosas, se tiene que si bien la forma de vinculación de la demandante por parte del señor RICARDO DIAZ, no fue la adecuada, lo cierto es que no podemos pregonar mala fe del empleador, cuando ella aceptó y participó dichas actuaciones y condiciones, sin reparo alguno, tan fue así que el accionado pretendió en el año

2019, suscribir con la demandante un contrato de trabajo, el que no fue aceptado por ella, porque el salario no le convenía, además que porque existía cláusula de exclusividad, lo que confirma aún más que estaba conforme con la vinculación que inicialmente había pactado y le ofreció la persona llamada a juicio.

A efectos de probar lo anterior, el demandado afirmó en su interrogatorio: *"A ella se le elaboro y ofreció contrato de trabajo a término indefinido, pero la señorita Marcela Salazar manifestó que no le servía, porque ella tenía sus clientes a partes, sus clientes a domicilio, sus clientes en otras clínicas, no podía cumplir es exclusividad."* Lo anterior resulta corroborado por la testigo ANA MONGUA, quien manifestó que la demandante le comentó que no suscribió el contrato de trabajo que el señor RICARDO DIAZ, le estaba ofreciendo porque no le favorecía y se evidencia a un más del documento que obra a folio 115 y 117, cuyo contenido no fue tachado, ni desconocido por la accionante, por lo que no se puede pregonar mala fe del empleador, cuando la demandante consintió y estuvo de acuerdo con las condiciones de la vinculación e incluso rechazó aquel contrato de trabajo, que formalizaba su vinculación.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COSTAS.

Por resultar desfavorable el recurso a la demandante, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la entidad accionada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de marzo de 2021, según se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310501520190068501)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 001310501520190068501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501520190068501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 020-2018-00301-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ARISTOBULO RUIZ SUAREZ
DEMANDADO: PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S,
EQUION ENERGIA LIMITED Y SEGUROS GENERALES
SURAMERICANA.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA-PROYECTOS SUMINISTROS E
INGENIERIA S.A.S

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante y demandada-*PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS, PSI SAS*-en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante y demandadas-EQUION ENERGIA LIMITED, PROYECTOS SUMINSITROS E INGENIERIA SAS Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ARISTOBULO RUIZ SUAREZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra las sociedades **PROYECTOS Y SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S** y solidariamente contra **EQUION ENERGIA LIMITED**, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, con la sociedad **PROYECTOS, SUMINISTROS E INGENIERIA SAS**, vigente entre el 01 de enero de 2011 y el 18 de diciembre de 2015.

CONDENAR PRINCIPALES.

1. **CONDENAR** a la sociedad **PROYECTOS, SUMINISTROS E INGENIERIA SAS**, y solidariamente a la compañía **EQUION ENERGIA LIMITED**, al pago de las cesantías causadas durante los años 2014 y 2015
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los intereses sobre las cesantías generados durante los años 2014 y 2015, junto con su sanción ante el no pago oportuno.
3. **CONDENAR** a las accionadas al pago de las primas de servicios.
4. **CONDENAR** al pago de las vacaciones.
5. **CONDENAR** a las entidades llamadas a juicio al pago de la sanción por no consignación de cesantías.
6. **CONDENAR** al pago de los salarios adeudados.
7. **CONDENAR** al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa e indemnización moratoria.
8. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La compañía **PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S.**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones, tal como se advierte del escrito que obra de folio 108 a 112 y 248 a 249 del expediente digital. En igual sentido se pronunció la sociedad **EQUION ENERGIA LIMITED** (folio 256-273)

El Juzgado de origen, por auto del 30 de noviembre de 2018, tuvo por contestada la demanda por parte de las entidades llamadas a juicio y aceptó el llamamiento en garantía, que realizó la demandada **EQUION ENERGIA LIMITED**, frente a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA** (folio 440), sociedad esta última que también contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las peticiones y proponiendo excepciones (folio 465-510).

Finalmente, el Juzgado de Primera instancia por providencia del 30 de enero de 2019, admitió el llamamiento en garantía que realizará **EQUION ENERGIA LIMITED**, respecto de la demandada **PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S** (folio 445)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de octubre de 2020, **DECLARÓ** que entre el demandante Aristóbulo Ruíz Suarez y a sociedad demandada **PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS**, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2011 al 18 de diciembre de 2015 con una asignación salarial mensual de tres millones de pesos. **CONDENÓ** a la Sociedad demandada **PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS – PSI SAS**, a pagar los salarios, prestaciones sociales y vacaciones del señor Aristóbulo Ruíz Suarez así:

- Salarios: \$13'800.000
- Cesantías: \$1'150.000
- Intereses a las cesantías: \$52.900
- Vacaciones: \$575.000
- Prima de servicios: \$1'150.000
- Para un subtotal del \$16'727.900

Así mismo **CONDENÓ** a la sociedad demandada **PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS – PSI SAS** a pagar a favor del demandante Aristóbulo Ruíz Suarez, la suma de \$10'933.333 por concepto de indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador dispuesta en el art. 64 del CST. **ABSOLVIÓ** a la demandada **PSI SAS** de las demás pretensiones incoadas en su contra. **ABSOLVIÓ** a la sociedad **EQUION ENERGIA LIMITED** y **SEGUROS**

GENERALES SURAMERICANA SA de todas y cada una de las pretensiones enunciadas en la demanda, **CONDENÓ** en costas a la sociedad demandada PSI SAS y a favor del demandante e igualmente **CONDENÓ** al actor a pagar las costas del proceso que se generaron a favor de la demandada EQUION ENERGIA LIMITED.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la absolución impartida por sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y solidaridad.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que el conflicto o disparidad que se presentó entre las sociedades demandadas, no tenía por qué afectar sus condiciones laborales, razón por la que considera que había lugar a impartir condena por indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

Respecto de la solidaridad, indicó que el juzgado desconoció el testimonio del señor LUIS DELGADO, quien aseguró que la ingeniería de detalle es necesaria y determinante para el correcto desarrollo de EQUION ENERGY LIMITED. Aseguró que la compañía PSI, fueron los que ejecutaron la exploración, producción y explotación de los hidrocarburos. Que no se debió limitar el estudio de la solidaridad, solo a lo enunciado en el certificado de existencia y representación legal de las accionadas o a las funciones de cada una, sino también a los elementos, herramientas y los procesos para el desarrollo del objeto social.

Entre tanto la sociedad demandada PSI, radicó su inconformidad en la absolución impartida frente al tema de la solidaridad, señalando que si bien en los certificados de existencia y representación legal de cada una de las demandadas, no se contempla la exploración y explotación de petróleos, la actividad de ingeniería de detalle, si es importante y se requiere para el normal desarrollo, por lo que a su juicio se configuraron los presupuestos contemplados en el artículo 34 del C.S.T. También enunció que no se valoraron los testimonios del señor Diego Peñaranda y Luis Delgado, declaraciones en las que se decía que la actividad desarrollada por PSI, era importante más no indispensable, sumado a que el representante

legal de la compañía Proyecto, fue claro en señalar que para la ampliación, producción, conversión de gas, se requería la ingeniería de detalle.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si hay lugar al pago de la indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías. 2. Si se debe declarar la responsabilidad solidaria de las sociedades demandadas.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante ARISTOBULO RUIZ SUAREZ suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad PROYECTOS, SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S, vigente entre el 1 de enero del 2011 y el 18 de diciembre de 2015, con una asignación salarial mensual de tres millones de pesos y que el vínculo laboral, finalizó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador, pues así quedo definido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a este tema y se corrobora de la liquidación final que obra a folio 87 del expediente digital.

Así mismo, está acreditado la suscripción de un contrato denominado DE ASOCIACION O DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN-ORDEN DE SERVICIO No. 4600001514" CELEBRADO ENTRE EQUION ENERGIA LIMITED, como contratante y PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S., en calidad de contratista (folio 43)

SANCION POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En efecto, tenemos que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece frente al pago de las cesantías, lo siguiente:

"Art. 99.- El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: ...3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que

el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Luego entonces, de conformidad con la normativa expuesta, la sanción enunciada, surge a la vida jurídica a partir del 15 de febrero de cada anualidad, en la medida que antes de ese día, el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía, por lo tanto si este no cumple con dicha obligación en la fecha señalada, la sanción enunciada empieza su vigencia.

Entre tanto la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, empieza a correr una vez finalizado el vínculo laboral, siempre que se adeuden salarios y prestaciones sociales.

A lo anterior se agrega, que la aplicación de las mencionadas sanciones, no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que éste, debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de las sanciones.

En ese sentido, debe indicarse que el H. Corte Supremo de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

"Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición

está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe"

Ahora, alega la entidad empleadora que la omisión en el pago de salarios y prestaciones, obedeció a la crisis financiera, por lo que le corresponde a esta Sala establecer si dicha situación constituye por sí sola, buena fe.

En efecto, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-845 de 2021, ha determinado que dicha situación financiera no exonera de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ni de aquella prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, en la medida que es necesario que el empleador acredite que esa circunstancia le generó una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Además de lo anterior, nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en la sentencia enunciada, ha precisado que, pesar de encontrarse en crisis, si la empresa puede tener alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la ruina económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

El Criterio de la Sala de Casación Laboral, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca debe asumir los riesgos o pérdidas de la empleadora; más aún cuando, el artículo 2495 del Código Civil prevé que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás, es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los

empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos en primer lugar, que el actor reclama a través de la presente acción el pago los salarios dejados de cancelar entre septiembre y diciembre de 2015, cesantías de los años 2014 y 2015, primas de servicios del año 2015, vacaciones causadas entre noviembre de 2014 y diciembre de 2015, por lo que entiende esta sala que el empleador cumplió con sus obligaciones de los años anteriores, y que solo se retrasó en sus deberes para con sus trabajadores a partir del año 2015, anualidad en la que, la compañía EQUIÓN ENERGIA LIMITED, dejó de pagar el valor acordado en el contrato de carácter comercial.

La entidad empleadora desde la contestación de la demanda, acepta su incumplimiento, expresando en el hecho 10: *"ES CIERTO, Dada la situación presentada y a que a pesar de que desde Octubre de 2015 se realizaron innumerables conversaciones, reunión y solicitudes ante EQUION ENERGIA LIMITED para que fueran canceladas directamente por esta empresa las acreencias laborales de sus empleados, y ante la negativa de EQUION a realizar dichos pagos a pesar de que era con los dineros de mi poderdante, a la fecha no se ha podido realizar el pago de las acreencias laborales del señor ARISTOBULO RUIZ SUAREZ, ni tampoco los aportes a Salud, pensión, ARL correspondientes."* (Folio 249)

A efectos de probar el pago de lo acordado en el CONTRATO DE ASOCIACION O DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN-ORDEN DE SERVICIO No. 4600001514 (folio 43), se corrobora múltiples requerimientos enviados por la sociedad empleadora, a la compañía EQUION ENERGIA LIMITED, solicitando el pago directo de las acreencias de los trabajadores de aquella, como alternativa para cumplir con sus obligaciones, así:

PETICIÓN de fecha 19 de octubre de 2015, en la que PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS, solicitó (folio 117): *"Nos permitimos informarle, que nuestros fondos bancarios han sido congelados por causa de un embargo a nuestra cuenta, con la consecuencia de entrar ilíquidez, mientras solucionamos nuestro problema, tiempo que estimamos entre tres o cuatro meses. Actualmente, hemos causado costos tanto laborales como comerciales, que nos impiden cumplir a cabalidad, tal como lo hemos hecho. Ante este impase,*

comendidamente, solicitamos sean cancelado directamente por parte de Equion las acreencias laborales de nuestros empleados y de nuestro proveedores, correspondientes a los costos causados, durante el desarrollo de la Orden de Servicio Número 460001514, que actualmente estamos ejecutando y está próxima a su finalización."

Requerimiento del 9 de febrero de 2016: *"Por todo lo anterior reitero mi solicitud de apoyo para que Equion como un tercero deudor de PSI SAS, asista a una audiencia de conciliación que se celebrará ante la Oficina del Trabajo entre los empleados y la Empresa para que contra dicha deuda se puedan cancelar sus acreencias laborales. En dicha audiencia se dejará por parte de los trabajadores claramente excluida cualquier responsabilidad solidaria por parte de Equion y los trabajadores se comprometen a no iniciar ninguna acción en su contra, así como PSI SAS, asumirá la responsabilidad total que se pueda derivar. El valor total de las Acreencias laborales incluyendo, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones es la suma de \$110.496.602 y de aportes a salud y pensión \$11.049.660, valor que es muy inferior a la suma que Equion adeuda a PSI SAS"* (folio 120)

Constancia de no comparecencia de EQUION ENERGIA LIMITED, de fecha 8 de abril de 2016, a la audiencia de conciliación que fuese solicitada por PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA SAS (folio 122).

Correos electrónicos, de fechas 11 de octubre de 2016, 8 de noviembre de 2016, 19 de octubre de 2016, 28 de diciembre de 2016, 21 de diciembre de 2016, 5 de enero de 2017 (folio 140, 146, 148, 155, 156, 160), a través de los cuales PSI SAS invita a EQUION LIMITED, a buscar alternativas para la cancelación de los trabajadores de la primera compañía mencionada.

Aunado a lo anterior, la sociedad EQUION ENERGIA LIMITED, al contestar la demanda, en el acápite de argumentos de defensa, adujo: *"En la actualidad queda pendiente un pago a la empresa Proyectos Suministros e Ingeniería, recursos que el contratista no ha facturado."* (Folio 261)

Luego entonces, del material probatorio reseñado se concluye que la sociedad PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S, en atención a su estado de iliquidez, que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales por el año 2015, buscó otras alternativas para atender las mismas, e inclusive acudió ante el ente

ministerial competente, citando a la compañía EQUION LIMITED, para que de lo adeudado por esta última, se pagaran las acreencias laborales, sin lograr resultados favorables, actuaciones que a todas luces, evidencian la buena fe de la sociedad empleadora, que inclusive desde el inicio de la relación laboral con el demandante, atendió de manera oportuna con sus deberes derivados del contrato de trabajo, y solo cuando entró en una crisis financiera, se atrasó en el pago de las obligaciones económicas con sus trabajadores, proveedores y DIAN.

Las razones consignadas, permiten considerar que no hay lugar a emitir condena por Indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, en la medida que la sociedad empleadora demandada, no actuó en ningún momento de mala fe, frente a las obligaciones por cumplir en relación con el demandante, por lo que se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El artículo 34 del C.S.T, señala los requisitos para la configuración de la responsabilidad solidaria:

- La existencia de un contrato de carácter civil o comercial entre dos o más personas naturales o jurídicas
- un contrato de trabajo entre el contratista y el personal que utiliza para la ejecución del contrato de naturaleza civil o comercial y,
- La relación de causalidad entre los contratos citados o la labor del trabajador, esto es que, el objeto social o labor que realiza el trabajador, pertenece a las actividades normales o corrientes del contratante.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral, desde la sentencia emitida el 8 de mayo de 1961, Gaceta Judicial 2240; reiteradas en los fallos SL 11655 de 2015 y SL1526 de 2020, ha expuesto:

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que para que la solidaridad se dé, a más de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Igualmente, tiene adoctrinado la Sala que para su determinación se puede tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra.

Sobre la hermenéutica del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación, en sentencia del 24 de agosto de 2011, radicación 40.135, sostuvo:

"Para resolver el cargo baste recordar lo que sobre la solidaridad prevista por el artículo 34 del CST ha dicho la Corte:

"En la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, se pronunció la Sala en los siguientes términos: (...) "Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que, si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.

Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.

Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: "Pero el beneficiario 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..."

Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, "...para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal" (Sentencia del 8 de mayo de 1961).

Pero la Corte también ha entendido que la labor específicamente desarrollada por el trabajador es un elemento que puede tenerse en cuenta al momento de establecer la solidaridad laboral del artículo 34 del estatuto sustantivo laboral, en la medida en que es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario o dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto de ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado que, en realidad, no es ajeno a su actividad económica principal.

Según lo dicho y de acuerdo con la prueba documental, demostrado se encuentra el acuerdo denominado: "CONTRATO DE ASOCIACION O DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN-ORDEN DE SERVICIO No. 4600001514" CELEBRADO ENTRE EQUION ENERGIA LIMITED, como contratante y PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S., en calidad de contratista (folio 43); así también, acreditado está que, existió un contrato de trabajo entre la sociedad PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S., y el señor ARISTOBULO RUIZ SUAREZ, para que éste último ejerciera el cargo de Gerente de operaciones en beneficio de la contratante (folio 87 y 89).

Luego, es claro que los dos primeros requisitos enunciados, se encuentran configurados en el caso examinado, por lo que pasa a definirse si el tercer presupuesto, esto es, La relación de causalidad entre los contratos citados o la labor del trabajador con aquella ejecutada por la entidad contratante, se presentó en el asunto de marras, tema este que ha generado la controversia en esta instancia.

Así las cosas, tenemos que en el contrato celebrado entre las compañías accionadas, se pactó que el mismo tenía como objeto: *"Consultoría Técnica Proyectos Menores EQUION, en las áreas técnicas Mecánicas, Tuberías, Civil, como soporte a los Ingenieros de Producción y Coordinadores de Construcción de EQUION, durante las etapas de Planeación de Trabajos y su ejecución"* (folio 277).

Mientras que al revisar el certificado de existencia y representación legal de la compañía PROYECTOS, SUMINISTROS E INGENIERIA SAS, se evidencia que se plasmó como objeto social, el siguiente: *"1. LA INGENIERÍA DE DETALLE DE TUBERÍAS. 2. EL CÁLCULO Y DISEÑO DE ESTRUCTURAS METÁLICAS. 3. EL DISEÑO FABRICACIÓN Y VENTA DE SOPORTERÍA METÁLICA PARA TUBERÍA. 4. LA COMPRA, VENTA, DISTRIBUCIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN Y EN GENERAL LA COMERCIALIZACIÓN DE ARTÍCULOS, ELEMENTOS Y PRODUCTOS PARA EL SECTOR PETROLERO Y QUÍMICO (...)"* (folio 13)

Entre tanto, el objeto social de la empresa EQUION ENERGIA LIMITED, según certificado de existencia y representación legal, es: *"A- LA EXPLOTACIÓN, DESARROLLO INVESTIGACIÓN, EXPLORACIÓN Y MERCADEO DE ACEITES MINERALES O PETRÓLEOS, HIDROCARBUROS DE TODA CLASE Y PRODUCTOS DERIVADOS DE LOS MISMOS, Y B- LA EXPLORACIÓN, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN, EXPLOTACIÓN Y MERCADEO DE MINERALES, PRODUCTOS MINEROS Y OTROS PRODUCTOS DERIVADOS DE LOS MISMOS"* (folio 19).

Adicionalmente al revisar el contrato de trabajo que suscribió el actor con la demandada-PROYECTOS SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S- se estableció como funciones:

- ✓ Es el responsable de establecer el contacto cuando se realiza la venta, con el objetivo de detectar las necesidades del cliente.
- ✓ El Gerente de Operaciones elabora un bosquejo del proyecto con los datos proporcionados por el cliente para que el grupo de ingeniería genere la documentación correspondiente.
- ✓ Es el responsable de dirigir la cotización, compra y venta de materiales que se van a suministrar en un determinado proyecto así como también el presupuesto del mismo.
- ✓ El Gerente de Operaciones es quien realiza la presentación del proyecto junto con su cotización, además de encargarse de la negociación con el cliente en cuanto a precio y crédito.
- ✓ El Gerente de Operaciones es el encargado de realizar la planificación de materiales y tiempo de entrega de todos los proyectos.
- ✓ Para cada uno de los proyectos se debe asignar el personal que va a llevar a cabo toda la ejecución.
- ✓ El Gerente de Operaciones se encarga de la supervisión del proyecto y de la entrega del mismo al cliente.
- ✓ Es el responsable de atender al cliente cuando requiera soporte técnico, o conceptos técnicos
- ✓ Elaboración de documentos.

Ahora, se escuchó el testimonio del señor LUIS EARLES DELGADO, quien laboró para la sociedad EQUION, en el cargo de gerente o administrador de la orden de servicio que se suscribió con la compañía PSI SAS, adujo que el demandante desarrolló las siguientes funciones dentro de esa orden: *"él actuaba en calidad de representante ante nosotros, como gerente de proyectos o coordinador de proyectos por parte de PSI."* También, señaló que la ingeniería de detalle, labor que prestaba PSI SAS a EQUION LIMITED, era necesaria para desarrollar los proyectos de esta última. Seguidamente explicó en qué consistía la ingeniería de detalle: *"por decir algo, de los últimos proyectos recuerdo, se quería inyectar gas de un pozo inyector a un pozo productor, entonces los ingenieros de proceso, de producción hacen todas las evaluaciones técnicas desde el punto de vista del proceso, identifican la idea conceptual, desarrollan un modelo básico de cómo sería esa instalación, digámoslo así, y luego se llama al contratista de proyectos"*

menores, de la consultaría para identificar los materiales, para identificar la ruta de punto de paso de la tubería, qué tipo de aseguramiento requiere ese trabajo, digamos si es un soldadura, qué tipo de aseguramiento se le hace la soldadura, si es una conexión guiada, entonces qué tipo de torque pueden llevar y etcétera... de acuerdo a las normas de ingeniería con las que se vaya a construir el proyecto."

Adicionalmente el testigo DIEGO ESCOBAR, quien laboró en PSI SAS, desde el año 2011 al 2015, preciso que las funciones de actor: *"básicamente eran concretar los proyectos, o sea gran parte de los proyectos, él era quien los concretaba, él permanecía mucho en las instalaciones de EQUION, concretando proyectos que le facilitaban, para después ahí sí dejamos, de ahí en adelante aquí nosotros elaboráramos el proyecto (...) él era el jefe de nosotros, él revisaba también los proyectos para ir a entregarlos a EQUION, él daba la última revisión para ir a entregarlos, generalmente también iba él a entregarlos, la mayoría, entonces básicamente era el empleador" y que también el demandante en ciertas ocasiones fue dibujante.*

El anterior testigo aclaro frente a la pregunta realizada por el apoderado de EQUION, que la función desarrollada por el accionante, no fue la extraer hidrocarburos: *"No, las labores que él hacía, obviamente no eran de extracción, la orden nuestra, de la empresa donde trabajaba era ayudar a hacer facilidades para en muchas ocasiones mejorar la producción, en muchas ocasiones era para hacer pequeños cambios que de cierta forma resultaban de todas formas haciendo una mejora. O sea, me recuerdo de unos proyectos que por ejemplo uno ayudaba a producir más de 10.000 barriles por día adicional y el proyecto era relativamente pequeño, pero pues estaba a cargo de nosotros. Y eran así, pero de extracción como tal no, nosotros era más que todo de mejor, ya después de que se recibían ahí en el CPF eran proyectos ya de mejora, un baipás, una tubería que viene de petróleo para mejorar el proceso, para que se depurara más fácil, sacarle arena más fácil, procesos de separación procesos, de separar gases, casi todos los proyectos de nosotros eran así; los que le llamaban allá chicharrones. Seguidamente expuso, que el demandante tampoco se dedicaba a la producción de hidrocarburos: *"No, a la producción que yo sepa no, el sí charlaba con los EQUION siendo propuestas de mejora en la producción, o sea, hacia propuestas de mejora para que se pudiera mejorar, qué equipos se podría añadir para poder mejorar un poco la producción, pero más que todo él habla de procesos, de hecho, en la empresa nosotros hacíamos más que todo era el detalle de ingeniería**

nosotros nos encargamos era de plasmar todo en planimetrías para que oficialmente se hiciera construida.

La testigo ERIKA TATIANA LOPEZ, quien trabajó para PSI S.A.S., entre noviembre de 2012 y diciembre de 2015, indicó frente a las labores desarrolladas por el demandante en la orden de servicio suscrita con EQUION, lo siguiente: *"sí señor pues él se encargaba de todas las operaciones que tenía la empresa, él era el encargado de dirigir a los ingenieros que tenían los trabajos solicitados que pedía EQUION, si tenía que ir a pozo, la mayoría de todas las veces él tenía que ir a pozos y nosotros para ingresar a los pozos teníamos que pedir acceso de EQUION, nosotros pedíamos unos códigos de movilidad que como asistente administrativa yo los hacía a las 4:00, 4:30 o 5:00 de la mañana, horas especificadas que ellos pedían, al número telefónico y luego se cambió a una plataforma, ellos le comunicaban por medio de whatsapp cuáles eran los códigos para que ingresaran y él se encargaba de llevar al personal hasta los pozos donde estaba el ingeniero civil, estaba el ingeniero de condicionamiento, estaba el ingeniero y entonces él estaba detrás de los trabajos de todos los otros ingenieros, él se encargaba más que todo también de reuniones con los altos mandos de EQUION porque se la pasaba también en reuniones, él era el que me pasaba a mí los correos cuando les aprobaban los códigos CMRF que iban relacionados en la factura ya que sin estos códigos no se podían facturar, una Solvet que era otro número de guía que teníamos que incluir también en las facturaciones y entonces cuando ya él solicitaba, él hacía por medio de correos electrónicos que le enviaran esos códigos, él me enviaba el último correo diciendo "Erika ya tenemos para que pueda facturar" y yo hacía la respectiva facturación y las entregaba en las oficinas de Carvajal, para radicar la factura; la línea conmigo era específicamente para lo de facturación. Él iba a todas esas reuniones con los ejecutivos de EQUION, estaba pendiente de las actividades de los ingenieros y en las oficinas también recibía órdenes, pues partes administrativas, documentales, quien yo le colaboraba, que copias, cualquier cosa de la oficina."*

Adicionalmente la testigo ADRIANA GÓMEZ, quien fue empleada de EQUION LIMITED, aseguró que las funciones del personal de PSI SAS, a favor de la compañía para la cual laboraba eran de ingeniería: *"ellos estuvieron una orden de servicio para la ejecución de unos trabajos de consultaría para Cusiana, para operaciones, los servicios de consultaría estaban asociados a temas de ingeniería, en el cual hacían desarrollos de mejora a las facilidades para optimizar algunos procesos; sus desarrollos eran de tipo de planeación y presupuestal que*

requería la operación. Con esa ingeniería, pues ya nosotros como EQUION salíamos a hacer el proceso de construcción o de adecuación o de mejora que fuera propuesta por ellos". Posteriormente dio un ejemplo sencillo de las tareas concretas de PSI S.A.S: "A ver poniéndolo como en la vida cotidiana o en un ejemplo más sencillo, si yo soy la dueña de un restaurante, mi objeto y mi trabajo es vender almuerzos o cenas para nuestros clientes, pero necesito arreglar en la cocina el ducto de aire para extraer los gases de la cocina, entonces contrató una firma de ingeniería que me diseñe un producto que me ayude a sacar mejor estos gases de la cocina; esa firma de ingeniería es lo que hacía el señor Aristóbulo con PSI."

Así mismo se escuchó la declaración del representante Legal de Equión, que describió en que consistían las tareas de PSI S.A.S en cumplimiento de la orden de servicio, que celebraron: "Las actividades objeto de esa orden de servicio son actividades de consultaría en ingeniería y temas técnicos; son temas puntuales que se requerían para el desarrollo de alguna parte o algún proyecto que estábamos adelantando, ya digamos el aspecto técnico concreto escapa de mi especialidad y mi conocimiento, pero lo que entiendo es qué aspectos de ingeniería de detalle y temas particulares ya dentro de otro proyecto más grande (...) EQUION es una compañía de producción y exploración de hidrocarburos, nosotros a lo que nos dedicamos es a administrar un activo que son unos hidrocarburos que están en el subsuelo, para que nosotros podamos hacer eso celebramos un contrato con Ecopetrol, un contrato de asociación, y eso es lo que a nosotros nos faculta para poder hacer esa exploración y explotación de hidrocarburos. EQUION se dedica es a hacer la administración de eso y lograr extraer esos hidrocarburos de la forma más eficiente, para poder desarrollar eso hay una infinidad de tareas y de actividades que van desde la sísmica, la perforación, pasando por obras civiles, hasta tener personal de alimentación, de aseo, en fin, actividades de transporte; entonces para poder obtener todos esos servicios EQUION lo que hace es que contrata diferentes empresas especializadas en cada 1 de esos servicios, entonces le pongo un ejemplo: y nosotros dentro del macro proyecto para poder extraer petróleo de un yacimiento encontramos que necesitamos construir una planta de gas, lo que nosotros hacemos es buscar compañías expertas en plantas de gas para que, por ejemplo, hagan una ingeniería conceptual de cómo sería esa planta de gas, después ya digamos para lo que sería la construcción eso se divide entre muchos contratistas que van de todo tipo: contratistas y expertos en ingeniería eléctrica, expertos en tubería, expertos en distintos temas. Entonces nosotros no es que tengamos como

tal un departamento que se dedique a la construcción de plantas de gas, no tenemos un departamento que se dedique a la ingeniería eléctrica, realmente nosotros lo que hacemos es buscar unas eficiencias y para eso contratamos a los expertos en cada tema, entonces eso respecto a cuál es la actividad. EQUION digamos, los ingresos se perciben es por la venta de barriles de petróleo que se exportan, ese es el negocio nuestro, nosotros no tengamos ningún ingreso por construir plantas o por hacer líneas eléctricas o por hacer vías, por nada de esas cosas, eso no está dentro de nuestro objeto social y no es a lo que nos dedicamos. Entonces eso digamos para ilustrar cuál es la actividad económica que tenemos en EQUION."

Finalmente, el Representante Legal de la accionada PROYECTOS, SUMINISTROS E INGENIERIA S.A.S, manifestó: *"La empresa EQUION trabaja en unas facilidades que se llaman plantas de proceso, estas facilidades fueron diseñadas y construidas con una normatividad específica y unos parámetros de seguridad que se requieren en este tipo de plantas, ya que se manejan unas presiones considerables, PSI especializada en ingeniería de detalle en el tema del manejo del cambio; ¿qué significa el manejo del cambio? que cuando el ingeniero de procesos EQUION o de operaciones, nos solicitada hacer una modificación mediante un diagrama de flujo, nosotros deberíamos ir a la planta, visitar en qué materiales está construido, qué especificaciones técnicas tenía, seleccionar el tipo de material, hacer la ingeniería de detalle, llevar los planos y entregarlos; implica el diseño como tal y la aplicación de fórmulas de ingeniería para determinar espesores de tubería ya que se manejan presiones considerables, dentro de eso decíamos conversiones de pozos, conservando la integridad de los pozos: observar la integridad de los pozos quiere decir intervenir el pozo utilizando las mismas normas, las mismas especificaciones de materiales con la verificación de espesores de paredes de tubería y todo lo que esto conlleva. Cuando se entregaban los diseños se hacía un análisis de seguridad que se llama "WHAT IF", que era donde la empresa EQUION andaba en todos los posibles casos que se podían presentar en un eventual fallo del diseño, una vez pasada esta etapa se procedía a hacer, se había modificaciones se hacían y si no se procedía a la entrega de la ingeniería para que ya EQUION contratara directamente la construcción, cabe resaltar que nosotros en ese entonces fuimos la única ingeniería de detalle en el Casanare que prestaba ese servicio, ya que nuestras oficinas estaban a 15 minutos de la planta, nosotros nos llamaban o nos escribían un correo y nosotros en 15 minutos estábamos para atender emergencias incluso en Shoot Down, Shoot Down son las paradas de planta que se hacen para*

mantenimiento. Entonces nosotros le aportamos al proceso de modificaciones que hacía la planta, bien sea para mejorar producción, aumentar producción o sacar línea de tuberías vacías o recipientes que estuvieran fuera de proceso, nosotros hacíamos esa ingeniería de detalle para que eso fuera posible, cumpliendo las normas y los códigos, para eso el gerente operativo de nuestra empresa tenía la certificación del código A931-3 en plantas de procesos, y cabe anotar que aquí en Colombia la ingeniería mecánica no contempla una ingeniería de tuberías, entonces había una especialidad que había que era el diseño de tuberías que era básicamente la mayor cantidad de trabajos que nosotros ejecutáramos, sin contar la parte de aseguramiento de la calidad, que también prestamos para un subcontratista de EQUION llamado STOR.

El material probatorio reseñado permite concluir que aún cuando el objeto social de las entidades llamadas a juicio difieren, lo cierto, es que tanto las actividades que desarrolló PSI SAS a favor de EQUION ENERGIA LIMITED, así como las funciones ejecutadas por el actor, en virtud de ese contrato de asociación, no fueron extrañas al giro normal de la empresa contratante, siendo la norma clara en indicar que para excluir de esa responsabilidad solidaria, se requiere que se trate de trabajos ajenos a las actividades normales de la empresa o negocios.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala de Decisión que, si bien las funciones o trabajos realizados por PSI S.A.S., a favor de EQUION, no estaban encaminadas a ejecutar las actividades principales de su objeto social, si eran necesarias o indispensable para el desarrollo de éste, e inclusive permitía mejorar la producción, por lo que se configuró el tercer requisito mencionado, esto es, la relación de causalidad entre los contratos citados o la labor del trabajador y las actividades normales o corrientes del contratante.

Así, como quiera que, resulta clara la responsabilidad solidaria de EQUION ENERGIA LIMITED, deberá responder por las condenas impuestas por el juez de primera Instancia, incluyendo las costas procesales.

Respecto de la responsabilidad de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, se tiene que, en los procesos laborales, la Ley permite el llamamiento en garantía de un tercero, para que en virtud de diferentes causas, entre ellas la existencia de un contrato de seguro, asuma el pago total o parcial de una eventual condena en calidad de garante del obligado directo. Además que la integración de un tercero al proceso, redundará en beneficio del trabajador, quien en últimas contará con una

mayor probabilidad de obtener el pago de los créditos laborales que reclama, y que con tal actuación no se está desbordando el marco de competencia del Juez ordinario laboral en la medida que tan solo se declarara la eventual responsabilidad de un tercero en calidad de garante, sin entrar a discutir las particularidades propias del contrato de seguros, pues éste sí sería un asunto de competencia del juez civil ordinario.

En este asunto se allegó contrato de seguro, donde figura como beneficiario del mismo, la compañía EQUION ENERGIA LIMITED y que se suscribió en virtud de la orden de servicio celebrada con PSI SAS, y entre los riesgos amparados se encuentran el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con fecha inicial 29 de octubre de 2015 y fecha de vencimiento 31 de diciembre de 2018 (folio 316).

En consecuencia, probado que la Empresa EQUION ENERGIA LIMITED, es beneficiaria de una póliza expedida por la aseguradora, el llamado en garantía deberá responder por las condenas impuestas por salarios y prestaciones sociales, mas no por vacaciones, dado que no tienen la connotación de prestación social e indemnizaciones, responsabilidad que se realizara en calidad de garante, esto es, sólo sobre lo determinado en la póliza, y en caso de que el beneficiario de la póliza sea quien pague las condenas, y ésta, a su vez, decida hacer efectiva la póliza constituida a su favor.

Ahora, frente al llamamiento en garantía efectuado por EQUION ENERGIA LIMITED, en relación con la sociedad PSI S.A.S, por dejarse estipulada una clausula en la orden de servicio, que decía: *"Parágrafo: Cuando por decisión judicial o por mandato legal se determine que Equion es responsable solidariamente del pago de los salarios, prestaciones, e indemnizaciones el contratista se obliga a reembolsar a Equion dentro de ellos (sic) 10 días siguientes a la notificación a Equion formule al contratista las sumas pagadas por estos conceptos y en el caso que no reembolse dichas sumas, el contratista faculta a Equion para descontarlas de cualquiera de las sumas que este le adeude o a cobrar por vía ejecutiva"* Lo cierto, es que como se señaló, la figura jurídica mencionada en asuntos laborales, tiene como objetivo, la integración de un tercero al proceso, en beneficio del trabajador, quien en últimas contara con una mayor probabilidad de obtener el pago de los créditos laborales que reclama, finalidad que no se cumple frente a este llamamiento, ya que lo que pretende la sociedad EQUION, es que se imparta una orden, para dar cumplimiento una

cláusula estipulada en un contrato de naturaleza civil o comercial, y no en beneficio del trabajador, sino a favor de los intereses de la empresa, por lo que no es posible acceder a ello, máxime cuando ello no es de resorte de Juez Laboral, pues la obligación se deriva de un contrato de naturaleza distinta a la laboral.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será **REVOCADA** de manera parcial, solo respecto de responsabilidad solidaria de **EQUION ENERGIA LIMITED**, como también de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA**.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de octubre de 2020, para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad solidaria **EQUION ENERGIA LIMITED**, por las condenas impuestas por salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y costas procesales. Igualmente **DECLARAR** de conformidad con la parte motiva de esta sentencia, que **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA**, está llamada a responder frente a las condenas impuestas por cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, salarios insolutos e indemnizaciones, responsabilidad que se realiza en calidad de garante, esto es, sólo sobre lo determinado en la póliza, y en caso de que el beneficiario de la póliza sea quien pague las condenas, y ésta, a su vez, decida hacer efectiva la póliza constituida a su favor.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Rad. 11001310502020180030101)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502020180030101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020180030101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2021-00136-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada SAMUEL EDUARDO MEZA MORENO identificado con C.C. 1.098.719.007 de Bucaramanga y tarjeta profesional No. 268.677 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Colpensiones y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN instauró demanda ordinaria laboral contra la AFP Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías y Colpensiones debidamente sustentada como aparece a folios 4 al 16 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Se declare que la afiliación del señor(a) TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN identificado con la CC No 19.418.080 hecha al Régimen de Ahorro Individual es NULA o INEFICAZ, y que por lo tanto la misma no produjo efectos.
2. Que se declare como NULA o INEFICAZ la AFILIACIÓN al Régimen de Ahorro Individual.
3. Declarar como afiliación válida la hecha al ISS hoy COLPENSIONES.

Condenatorias:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y/o COLPENSIONES a:

1. A retrotraer los efectos de la afiliación, y en tal sentido trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado NUNCA se hubiere realizado.
2. Al pago de las costas del proceso y agencias en derecho.
3. A cualquier otra condena o reconocimiento que se haga en virtud de la facultad de fallar Ultra y Extra Petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Colfondos S.A. (fls.3 al 15 del archivo 07 del expediente digital) y Colpensiones (fls.3 a 39 del Archivo 08 del expediente digital) de acuerdo al auto del 10 de agosto de 2021.

Colpensiones y Colfondos S.A. se opusieron a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 21 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de febrero de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el señor Tulio Ricardo Ramírez Borbón al régimen de ahorro individual el 11 de enero de 2002, con fecha de efectividad a partir del primero de marzo del mismo año por intermedio de COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES; **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES; **CONDENÓ** en costas a la AFP COLFONDOS S.A. y en favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES frente a el demandante; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colfondos S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del deber de información.

Sostiene el apoderado de la demandada Colfondos S.A. que, contrario a lo manifestado por el A-Quo, al demandante sí se le brindó toda la información para que tomara la decisión que mas se adaptara a sus intereses, argumenta que ese fue un negocio jurídico válido y eficaz, de manera que no se presentó una causal de ineficacia.

2. De la devolución de los gastos de administración, el porcentaje de garantía de pensión mínima y las sumas previsionales.

Manifiesta el apoderado de Colfondos S.A. que no es procedente que se condene por dicho rubro toda vez que las actuaciones de Colfondos S.A. han estado ceñidas a la constitución y a la Ley, pues la comisión por el manejo de aportes obligatorios es de consagración legal y se encuentra contemplados en el art 60 de la Ley 100 de 1993 y en donde señala las características del RAIS. En esa misma línea argumentativa expone que, en ese orden de ideas y sumado a que la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe entender que, si se declara la nulidad, sumado a que no se debieron descontar comisiones por gastos de administración, tampoco debieron existir rendimientos.

Indica que en caso de condenar a Colfondos a devolver a COLPENSIONES todos los valores, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión, gastos previsionales, el porcentaje de garantía de pensión Mínima con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexado se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del actor, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de Colfondos S.A., sin reconocer o pagar ningún tipo de concepto por la gestión realizada; a lo anterior adiciona que el juez realizó un interpretación no acorde a la constitución y a la Ley en detrimento de la AFP Colfondos S.A.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y de la adición de la sentencia.

Argumenta el apoderado de la demandada COLPENSIONES que en la actualidad las decisiones que se están tomando en los despachos de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el art. 48 de la constitución política de Colombia y modificado por el Acto Legislativo 01 del 2005, que ello, a su juicio, configura una situación caótica en el régimen de prima media que des quebranta la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujándose de esta forma totalmente el Régimen de prima media con prestación definida.

Manifiesta que COLPESIONES como empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, debe velar en todo momento por la protección del dinero del erario público destinado a sustentar el sistema de seguridad social en pensiones, en este orden de ideas es necesario que dada la prevalencia del interés general sobre al particular se tomen las medidas pertinentes en busca de los recursos que soportan el sistema conforme a los principios que rigen la constitución política de Colombia.

Con fundamento en lo anterior sostiene que no se debería declarar la nulidad o ineficacia del traslado pues en últimas sería el patrimonio público el cual entraria a pagar la pensión que llegara a percibir la parte demandante, ya que su ahorro se hizo de forma individual y este mismo no ayuda a financiar las pensiones de los demás pensionados al Régimen de prima media con prestación definida y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión, dada la premisa de sus expectativa de vida que las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida son de carácter vitalicio y en el RAIS las pensiones se darán hasta agotar los recursos ahorrados.

Adicionalmente solicita que en el eventual caso de declarar la nulidad o ineficacia del traslado se considere la realización del pago de un cálculo actuarial, bien sea a cargo del fondo responsable del vicio o de la

demandante para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta que como lo menciona la sentencia SU-062 del 2010 para que una persona **pudiere acceder al derecho de trasladarse** para cumplir los requisitos de las 750 semanas este, adicionalmente, tendría que pagar un cálculo de rentabilidad y en este caso no se debería desconocer dicha consideración.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, efectuado por el (la) señor **TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN** el día 11 de enero de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM; **3.** Si como consecuencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y, de ello, procede ordenar el pago de cálculo actuarial a cargo de la AFP Colfondos o del demandante.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., 11 de enero de 2002 (fl.49 de la demanda. Archivo 01 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones** aportó: expediente administrativo del demandante. **AFP Colfondos S.A.** aportó: certificado de existencia y representación legal y documentos de identificación del apoderado.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de noviembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaria para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación

profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 11 de enero de 2002, el demandante tenía 269 semanas (fl.33 y 39 del Archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 01 de mayo de 1959 – fl.47 del Archivo 08 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM (se precisa que para el 15 de julio de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP COLFONDOS SA, el demandante había cotizado más de 1.190 semanas, fl.33 y 39 del archivo 01 del expediente digital) y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Con relación a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la

obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por la demandada Colfondos S.A., el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue 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.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Colfondos S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y sumas adicionales de aseguradoras debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrino:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Con relación a lo manifestado por la demandada Colfondos .S.A., que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado (...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

Ahora bien, atendiendo la solicitud de COLPENSIONES frente al pago de un cálculo actuarial en cabeza de la AFP Colfondos S.A. o del demandante con el fin de soslayar la descapitalización del sistema pensional, se indica que no está encaminada a prosperar puesto que, como se ha manifestado en extensa jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre sobre la materia que aquí nos ocupa, al ordenar la ineficacia o nulidad del traslado lo que se busca es retrotraer los efectos de la afiliación a su estado original, como si el demandante nunca se hubiere trasladado al RAIS y por ende, las sumas que se reintegran a COLPENSIONES tienen la finalidad de prevenir, precisamente, esa descapitalización del sistema pensional, como a bien se ha manifestado en sentencia SL-2877 de 2020:

"(...) sea lo primero recordar que, en el sub lite, una vez el ad quem estableció que es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, avaló la decisión del a quo de devolver la «totalidad de los valores recibidos de los empleadores del demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin que dichas entidades pudieran descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima», toda vez que, estimó, ello era una consecuencia lógica de tal declaratoria, pues «las cosas debían volver a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido», de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil.

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos,

la sentencia que en tal sentido se dicte, 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, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia. (...)"

Más adelante, la sentencia en cita indica:

"(...) En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional. (...)

"(...) Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. (...)"

De lo anterior se concluye que, al declarar la nulidad o ineficacia del traslado no hay lugar a determinar que el acto jurídico que se causa con esta es la de otorgar al actor el derecho a trasladarse en cualquier tiempo de régimen, como lo argumentaba en su recurso de alzada el apoderado de COLPENSIONES.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **TULIO RICARDO RAMÍREZ BORBÓN** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP COLFONDOS S.A. el 11 de enero de 2002.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Colfondos S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP,

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022 por el juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120210013601)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502120210013601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120210013601)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Tulio Ricardo Ramírez Borbón
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-021-2021-00136-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A stylized, handwritten signature in dark ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 031-2021-00117-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA CASTILLO BARBOSA
DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 31º Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, conforme a lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA LUCÍA CASTILLO BARBOSA**, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR**, debidamente sustentada como aparece en el archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demandada, vigente desde el 14 de mayo de 2013 hasta el 3 de marzo de 2020.
2. **DECLARAR** que el salario devengado fue equivalente a \$3.615.000.
3. **DECLARAR** la nulidad del proceso disciplinario denominado diligencia ampliación de descargos efectuada el 26 de febrero de 2020, por parte del señor ANDRÉS FELIPE ROMERO MÉNDEZ, responsable de la diligencia, por ser violatorio del debido proceso.
4. **DECLARAR** que la demanda COMPENSAR actuó de mala fe, al endilgarle faltas que no cometió y aducir una justa causa que no existió para justificar una terminación unilateral del contrato.
5. **DECLARAR** que contaba con el fuero de estabilidad laboral reforzada, al tener la calidad de prepensionada para calenda en que fue despedida.

PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES

6. **CONDENAR** a la entidad demandada a reintegrarla al cargo que desempeñaba al momento del despido o a uno de igual o superior categoría.
7. **CONDENAR** a la pasiva a pagar los salarios dejados de cancelar desde la fecha de terminación del vínculo hasta que se haga efectivo el reintegro.
8. **CONDENAR** a la demandada a pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones dejadas de pagar desde la calenda en que ocurrió el despido y la fecha en que se efectuó el reintegro.
9. **CONDENAR** al pago de la prima extralegal correspondiente a los meses de junio y diciembre, dejadas de pagar desde el 3 de marzo de 2020 hasta la fecha del reintegro.
10. **CONDENAR** a la accionada al pago de la prima extralegal de vacaciones, causadas desde la fecha del despido hasta la calenda del reintegro.
11. **CONDENAR** al pago de los aportes pensionales dejados de percibir desde la fecha en que fue terminado el contrato de trabajo.
12. **CONDENAR** al pago de los perjuicios morales.
13. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
14. **COSTAS PROCESALES.**

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS.

15.CONDENAR a la entidad convocada a juicio a pagar la indemnización por despido injusto, debidamente indexadas.

16.COSTAS PROCESALES.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR**, contestó demanda tal como se advierte de carpeta número 10 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción de prescripción; escrito que fue admitido por el Juzgado de origen, mediante auto de fecha 27 de mayo de 2021 (carpeta 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31 ° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 21 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre MARTHA LUCÍA CASTILLO BARBOSA en calidad de trabajador y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, en calidad de empleador, contrato que comenzó a regir el 14 de mayo de 2013 y finalizó el 3 de marzo de 2020. **ABSOLVIÓ** a la entidad demandada de las pretensiones enunciadas en el libelo inicial y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpone recurso de apelación:

TERMINACION UNILATERAL Y SIN JUSTA CAUSA DEL CONTRATO: Adujo que si bien el inconveniente se presentó el día sábado 15 de febrero de 2020, y que no informó a sus superiores dicha situación de manera inmediata, ello obedeció a que estos no se encontraban ese día en la instalaciones de la entidad, además que la queja fue presentada por parte del usuario el mismo 15 de febrero de 2020, sin que hubiese tenido tiempo para informar lo ocurrido, sumado a que la auxiliar, le aseguró que ella, comunicaría ante el jefe correspondiente el percance, por lo que estaba bajo el convencimiento que ello había acontecido, pero que solo hasta la diligencia de descargo, se percató de dicha omisión. Finalmente solicita la revocatoria de la condena en costas, argumentando que alegó y fue aceptado por

el Juzgado de conocimiento el amparo de pobreza, por lo que considera que no se debió emitir condena en su contra por este concepto.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar las condiciones en que fue finalizado el contrato de trabajo de la demandante y determinar si hay lugar al reintegro o al pago de la indemnización por despido injusto.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 14 de mayo de 2013 y el 3 de marzo de 2020, pues así quedó sentado en la sentencia de primera instancia y se verifica del contrato de trabajo allegado al plenario, como de la carta de terminación del vínculo que obra en la carpeta 2 del expediente digital. Además, que el vínculo laboral fue terminado de manera unilateral por el empleador, aduciendo una justa causa.

Realizada la anterior precisión, y a efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que desde antaño nuestra H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Por otra parte la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado SL 1920 de 2018, que reitero el criterio expuesto en aquella, con radicado 35105 de 2012, expuso:

"Esta Corporación en sentencia CSJ SL 10 mar. 2012, rad. 35105, explicó que le compete al juzgador calificar la gravedad de la conducta cuando se controvierten los supuestos contenidos en el numeral 6º, letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, así:

[...] sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

"Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

"En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

"En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo..."

(...)

"Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

"En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta..."

Luego entonces, en el asunto de marras está probado que el 3 de marzo de 2020, tal como ya se precisó precedentemente, la entidad accionada le comunicó a la demandante, su decisión de dar por terminada la relación laboral, aduciendo el incumplimiento de las cláusulas primera y sexta del contrato de trabajo, así como

de los artículos 46, 47, y 53 del Reglamento Interno de Trabajo y los artículos 58 y 62 del C.S.T., al indicar:

"Al protagonizar los hechos descritos anteriormente, usted incumplió de manera grave las obligaciones legales, contractuales, y reglamentarias que rigen su actividad laboral con Compensar.

Lo anterior en razón a que usted, tal y como lo confesó en la diligencia de descargos decidió que la auxiliar de salud oral atendiera a los pacientes que había solicitado una cita con un profesional en odontología, que para este caso era usted, y en dicha atención la auxiliar realizó la actividad de indagación y lectura de la historia clínica, motivo por el cual, sin razón alguna y actuando con total imprudencia y negligencia, esta auxiliar ventila el estado de salud del padre de los pacientes que estaban siendo atendidos, quien uno era menor de edad, informándoles a estos, que su padre padecía de una enfermedad complicada, tal y como lo es el VIH, situación que el padre tenía en total reserva de sus hijos, y que nunca debió haberle sido comunicado en ese escenario.

Es importante mencionar que usted antes de estos hechos, ya tenía conocimiento de la instrucción organización de que las auxiliares de salud oral no podían realizar dicha actividad, si no que la actividad de promoción y prevención correspondía únicamente a las personas autorizadas de manera directa por la organización y aquellas que tuvieran el cargo de odontóloga, como es en este caso usted.

Por lo tanto, usted de manera directa incumplió con una orden e instrucción que la organización había dispuesto, pues decidió que la auxiliar de salud oral, la señora Alejandra rojas (sic) Rozo, realizará la actividad de lectura e indagatoria de la historia clínica con el paciente cuando dicha trabajadora no podía ejecutar esta actividad, sino que la llamada a realizarla de manera directa era usted.

Por último, su actuar fue totalmente negligente, pues permitió que una auxiliar realizara una función que solamente la podía ejercer usted, sin llegar a pensar en los diferentes consecuencias que podía traer esta situación para los hijos del señor Jorge Emilio Jiménez Gaitán, y, para la Organización, como entidad encargada de salvaguardara (sic) la información que se encuentra en las historias clínicas y su confidencialidad.

Es por lo mencionado anteriormente, que usted con su actuación ha quebrantado la confianza que la organización depositó en usted al momento de contratarla, pues con sus decisiones expuso a la organización a riesgos innecesarios, como lo son las quejas por parte de los usuarios, las multas por parte de los entes de control, y el riesgo en la salud de los pacientes. Adicionalmente, usted en ningún momento le brindó esta información a la organización, sino que fue la organización la que se enteró de su actuar, faltando usted gravemente a su obligación de suministrar la información que pudiera evitar cualquier perjuicio a la organización, a pesar de que usted tuvo dicha información mucho antes de que la organización se enterara.

Ahora, al observar el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la compañía accionada, visible a folio 65-66 del expediente digital, se evidencia como obligaciones del trabajador: "a) *Poner al servicio de Compensar toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de las actividades propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las instrucciones orales o escritas que le imparta Compensar o sus representantes. (...) d) A informar al patrono o a sus representantes cualquier anomalía que observe y que pueda llegar a perjudicarlo, dando los detalles más oportunos y precisos, procurando en todo caso, ser verídico.*" Entre tanto, se estipuló como faltas graves las siguientes: "a) *La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias (...) g) la inobservancia de las instrucciones que imparta Compensar; k) El hecho de que el trabajador omita información al patrono sobre cualquier anomalía que pueda perjudicarlo. u) La ocultación total o parcial de la verdad por parte del TRABAJADOR en la realización de cualquier acto propio o con causa y con ocasión del contrato, por cuya reserva mental, se deriven consecuencias de lucro o beneficios para sí o para terceros. v) Incurrir el TRABAJADOR en conductas de cierta importancia capaces por sí solas, de mermar la confianza de COMPENSAR en la rectitud para continuar la ejecución del contrato*"

Mientras en el reglamento Interno de trabajo, se enunció como obligaciones del trabajador: "1. *Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Caja o sus representantes según el orden jerárquico establecido. Así como: "Reportar e informar en forma*

amplia e inmediata a Talento Humano o superiores inmediatos de cualquier acto o incidente moral o de mala fe del cual tenga conocimiento, ya sea que afecte o no a la Caja y al personal."

A lo anterior se suma que el artículo 53 del Reglamento Interno, determinó como falta grave: *"Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias."*

Luego entonces, se considera que le corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si la demandante incumplió con sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, en la medida que, en el contrato de trabajo y reglamento interno de trabajo, se dejó claro que dicha inobservancia se consideraba una falta grave que conllevaba a la terminación del vínculo. Pero antes de resolver este cuestionamiento, cabe precisar que aún cuando en la carta de terminación del contrato de trabajo, la entidad llamada a juicio invocó dos causales, consistente la primera en haber delegado funciones, y la segunda, en no haber informado la anomalía a su empleador, el juez de primera instancia consideró que no se había configurado la primera situación, mientras que respecto de la segunda si, generando esta última inconformidad en la demandante, por lo que solo se hará referencia en esta instancia a dicha circunstancia.

A efectos, de probar el incumplimiento, consistente en no haber informado a su empleador el percance que se presentó el día 15 de febrero de 2020, se analizó la queja presentada por un usuario de la compañía, en la que manifestó:

"el día de hoy MIS HIJOS y la mama tuvieron cita de odontología con la profesional MARTHA LUCIA CASTILLO en la sede de chia (sic) a las 8.00, 8.20. 840. para empezar los llamaron tarde y los llamaron a los tres al tiempo, según (sic)) la profesional que para agilizar la consulta porque estaba retrazada, entraron los tres a la consulta al mismo tiempo, cosa que no debería ser así (sic). pero lo que mas me tiene INDIGNADO de la consulta es que sentaron al hijo menor en la silla, lo empezo ha examinar y la auxiliar dando datos medicos mios que son confidenciales a mis hijos. Cual es la politica de datos de ustedes que relevaron una enfermedad que yo tengo y que mis hijos no sabian. Como se atreven a dar una informacion que se supone que es personal y sin autorizacion. Imaginese el impacto que tuvieron mis hijos al enterarse de que su papa esta con el virus del VIH, QUE

IRRESPONSABILIDAD DE PARTE DE USTEDES. Situación (sic) que pienso llevar a las ultimas (sic) consecuencias. por (sic) tal motivo me estoy asesorando legalmente ya que no solo cabe la responsabilidad de la profesional sino también de compensar. (sic) por la violación de mi historia clínica que es confidencial. ya que esto me a (sic) causado unos problemas psicológicos a mis dos hijos.

Lo anterior, fue reiterado por la testigo SANDRA MILENA VARGAS, quien desempeña el cargo de administradora de servicios de la salud en la entidad demandada, al manifestar en su declaración, lo siguiente: *"a nosotros nos llega una OIS, una OIS 1696026, en la cual el señor usuario hace referencia a que su esposa asiste con sus hijos, dos hijos, uno mayor de edad y otro menor de edad a una consulta odontológica, entonces el señor en la OIS, dice que los llaman tarde, que los llaman a los tres al tiempo y que la profesional refiere que es para agilizar la consulta porque está atrasada, entran los tres a la consulta al mismo tiempo a lo cual el señor hace referencia que esto no debería ser así entonces, el señor refiere que está muy indignado porque en la consulta cuando sientan al hijo menor en la silla y lo empiezan a examinar, la auxiliar le va dando datos médicos, que son confiables de él, del papá de los niños, del esposo de la señora, que estaba llevando a su hijo menor y su hija que ya era mayor de edad y también estaba programada para consulta, entonces el señor refiere que la auxiliar le empieza a revelar una enfermedad que tiene y que sus hijos no tenían conocimiento, entonces el señor dice como se atreven a dar esa información que se supone que es personal y sin autorización, entonces el refiere, cual fue el impacto que tuvieron sus hijos al enterarse que su papa estaba padeciendo de un virus del VIH. Que, qué responsabilidad teníamos con esta situación, y que él pensaba llevar esos a las últimas consecuencias, y que se estaba asesorando legalmente ya que solo no cabe la responsabilidad de la profesional sino que también de Compensar por una violación de la historia clínica que es confidencial, y que le ha causado pues unos problemas psicológicos en sus dos hijos, eso puntualmente nos refiere el señor a nosotros al momento de poner esa queja, entonces ya cuando se identifica esto y la gravedad, entonces es cuando ya se hace una citación, pues previa citación, se hace citación a unos descargos"*

En atención a la anterior situación, la demandante fue citada a diligencia de descargo el día 25 de febrero de 2020, manifestando frente a la pregunta porque no informó la situación de manera inmediata a la organización: *"por*

negligente, lo pude haber hecho y no lo hice. Alejandra me dijo que yo le había pedido disculpas a la señora. Yo he debido contar eso en el servicio"

Seguidamente, a la demandante se le interrogó si era consciente que había incumplido con la obligación de informar al empleador cualquier situación que le pudiera crear un perjuicio, respondió: *"en ese momento no fui consciente, no vi que debería hacerlo, pero si me quede con la preocupación de lo que sucedió."*

Adicionalmente en el interrogatorio de parte absuelto ante el Juzgado de Origen, la demandante señaló no haber informado el percance a su empleador, señalando las razones de su omisión *"no, yo no lo informe porque la que cometió el error fue mi auxiliar y yo le dije a ella, usted debe informar esto al servicio, era sábado y usted tiene que informarlo, ella me contestó, no Dra., no exagere, yo me encargo de eso y yo le digo a la Dra. Sandra Vargas lo que sucedió, yo confié en ella y era la obligación de ella de informar el error que ella había cometido."*

Seguidamente manifestó que tenía conocimiento que entre sus obligaciones estaba la de informar cualquier anomalía que se presentará en ejercicio de sus funciones, pero que en el caso del usuario que reportó la queja, no lo hizo porque no fue ella quien generó el inconveniente: *"si cuando se trata de mí, de mi error (...)"Yo si quede muy preocupada, pero yo me confié que ella iba a informar al servicio, cuando a mí me llamaron de auditoria, di por hecho que ella había informado al servicio, entonces yo confié en ella"*

Entre tanto la testigo, Sandra Milena Vargas, en su calidad de administradora del servicio de salud de la Caja de Compensación Familiar-Compensar, aseguró que los auxiliares de odontología, no tiene contraseña o permiso para ingresar al sistema, sino que dicha actividad le ejecutan a través del programa asignado al profesional: *"como yo auxiliar, ingreso es con el usuario del odontólogo, quien está atendiendo al paciente, o sea yo como auxiliar, lo único que debo digitar, lo que el odontólogo me está refiriendo, o sea dentro de mi competencia no está el de hacer validación de antecedentes."*

El material probatorio reseñado, permite determinar que realmente la demandante incumplió con sus obligaciones como Odontóloga, en la medida que no comunicó el percance que se presentó el día 15 de febrero de 2020,

a su empleador, pues nótese que desde la diligencia de descargo adujo que no había informado por negligencia y si bien en el interrogatorio de parte absuelto durante el trámite de la primera instancia, manifestó que ello obedeció, porque no fue ella quien realizó el error, empero nótese, que el inconveniente se presentó durante el servicio o la labor que le fue encomendada, con unos pacientes que el sistema le había asignado y con el personal que le colaboraba en su momento, sumado a que la auxiliar ejecutó las tareas, con ayuda del usuario o programa que solo es suministrado al profesional de odontología, configurándose a todas luces la falta que como bien se mencionó tenía el carácter de grave por disposición del contrato de trabajo y del Reglamento Interno de Trabajo.

En este orden de ideas, al estar debidamente probada la causal que alegó la entidad empleadora para dar por terminado el contrato de trabajo de manera justa, se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P., establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo; sin embargo, como quiera que el juzgado primigenio aceptó la solicitud de la parte actora, relacionada con el amparo de pobreza, se debe atender lo dispuesto por el artículo 154 del C.G.P., que precisa: "El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas."

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de la primera instancia se revocan, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandante de la condena en costas impuestas por el A-quo.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA****Ponente**

(Rad. 11001310503120210011701)

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310503120210011701)

**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503120210011701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2020-00054-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: CLAUDIA PATRICIA RUÍZ CAMARGO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP. PORVENIR S.A.
VINCULADO: SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada Porvenir S.A. presentó alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Claudia Patricia Ruíz Camargo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 6 al 25 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Declarar que la demandada PORVENIR S.A., incumplió gravemente su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente a la demandante al momento de la suscripción del formulario de afiliación, mediante el cual la demandante cambió de administradora de régimen de administración de pensiones.
2. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó la señora CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO, en el mes de agosto de 1998 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – hoy COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado a mi poderdante, para convencerla de que se trasladara de régimen pensional, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante las sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 31989 de 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017 y SL 782 del 14 de marzo de 2018, y por vulnerar el artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993.
3. Se declare que es procedente el traslado de la señora CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

Condenatorias:

1. Como consecuencia de la anterior declaración, solicito se condene a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSOINES, PORVENIR S.A. a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado en el mes de agosto de 1998 por la demandante CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO.
2. Se condene a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO, junto con los rendimientos, frutos e intereses legales.
3. Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante CAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO.
4. Se condene a la demandada COLPENSIONES, una vez reciba los aportes de la demandante de parte de la AFP PORVENIR S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral de la señora CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO.
5. Las demás condenas extra y ultra petita que se prueben a lo largo del proceso.
6. Se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls. 2 a 37 del archivo 07 del expediente digital) y Colpensiones (fls. 72 al 90 del Archivo 01 del expediente digital) de acuerdo al auto del 20 de febrero de 2020. Colpensiones y Porvenir se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 02 de febrero de 2022, **DECLARÓ** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante Claudia Patricia Ruiz Camargo a través de La AFP

Horizonte, hoy Porvenir S.A., de fecha 8 de junio de 1998, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **CONDENÓ** a la vinculada Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora; **CONDENÓ** a la demandada Porvenir S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración; **ORDENÓ** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante Claudia Patricia Ruiz Camargo como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; **CONDENÓ** en costas a la demandada Porvenir S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y la vinculada Skandia Pensiones y Cesantías S.A.; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del deber de información y de la voluntad del cambio de régimen de la demandante.

Argumenta el apoderado de Porvenir S.A., que la entidad cumplió con todos los requisitos establecidos para el momento en que se efectuó el traslado de la demandante, sostiene que para esa data el único deber que le asistía a las AFP era entregar la información de manera verbal y a través del formulario de afiliación, dentro de la misma línea argumentativa indica que debe tenerse en cuenta que la demandante suscribió el formulario de forma libre, voluntaria e informada y tenía pleno de conocimiento de la decisión, que para ese momento, estaba tomando. Indica que, del interrogatorio de parte, se puede concluir que la demandante sabía cuáles eran las características propias de cada régimen por cuanto habló de rendimientos, de la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, de la posibilidad de retirar el dinero, y que, si bien es cierto, la demandante no manifestó las diferencias del RAIS,

si indicó que sabía que los intereses que se generaban iban a ayudar a financiar su mesada pensional, así como indicó los requisitos para pensionarse con el ISS, hoy COLPENSIONES.

Sumado a lo anterior, el apoderado sostiene y reitera que la decisión tomada por la demandante se dio de forma libre, voluntaria e informada toda vez que a la misma se le dio una charla de 30 minutos y que como resultado de ello es que la demandante logra indicar las diferencias más importantes, a su juicio, entre uno y otro régimen.

Indica que Porvenir S.A. actuó de buena fe tanto al momento del traslado inicial como al posterior que realizó de Horizonte a Porvenir al cumplir con los requisitos que, para la época, se tenían establecidos, que el formulario de afiliación cumplía con los mismos y no fue tachado de falso por la demandante.

2. De la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y de los gastos de administración.

En relación con lo anteriormente expuesto, el apoderado argumenta que a la demandante le asiste la prohibición legal para trasladarse de régimen al momento de emitir condena, pues ya se encuentra a menos de 10 años para adquirir su status pensional. Adicionalmente solicita que, de mantenerse la condena impuesta a Porvenir S.A., se absuelva de la devolución de los gastos de administración en la medida que la administradora cumplió con el deber de administrar en debida forma los aportes hechos por la actora.

Sostiene que los gastos de administración no hacen parte de la mesada pensional que va a obtener la demandante, argumenta que dichos gastos fueron descontados de forma legal como lo establece la Ley 100 de 1993 y se realizaron con el objetivo de garantizarle a la actora la permanencia dentro del sistema y por su buena administración, a su juicio indica que, de ordenar la devolución de dichos gastos, se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES.

La parte demandada (COLPENSIONES) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del principio de relatividad jurídica y del equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

La apoderada de la parte demandada COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia al considerar que el A-Quo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido que COLPENSIONES, ro ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora, Skandia y Porvenir, y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón de la declaratoria de la ineficacia del traslado COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, toda vez que esta entidad nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

Sostiene y solicita que no se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora como afiliada al RPM ya que, de ello, consecuentemente, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, establecido este por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. Sostiene que en los casos en que se da esa condena debe tenerse en cuenta el PIB y la reserva pensional que, día tras día, se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Argumenta que a la AFP que incumplió el deber de información no le acarrea graves consecuencias con la declaratoria de inexistencia del traslado, pero que a COLPENSIONES, siendo un tercero que no tuvo injerencia en el acto jurídico, sí; toda vez que con el regreso de la actora al RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo que genera un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema y la reserva presupuestas que se destina para ello.

2. De la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y de la adición de la sentencia.

Argumenta la apoderada de COLPENSIONES que, conforme a lo estipulado en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modifico literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional y que, por otro lado, si se declara la nulidad o ineficacia del traslado, según se advierte en la

sentencia CSJSL del 8 de septiembre del 2008, radicado 31989, CSJ SL17595 del 2017, CJS SL4989 del 2018 y CSJSL1421 del 2019, radicado 56174, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

3. De la solicitud de condenar a Porvenir S.A. por los daños causados a COLPENSIONES por el incumplimiento del deber de información.

En el mismo sentido, la apoderada solicita que, si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al RPM, se condene a la AFP que incumplió su deber legal de información a la afiliada, a pagar a COLPENSIONES los perjuicios económicos que ello genera para la entidad, lo anterior en atención a que, en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico, como lo es COLPENSIONES.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada COLPENSIONES, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE S.A., efectuado por el (la) señora **CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO** el día 08 de junio de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que PORVENIR S.A., devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte S.A. el 8 de junio de 1998, con efectividad a partir del 1° de agosto de 1998 y, posteriormente, efectuó un traslado horizontal a Skandia pensiones y cesantías el 14 de agosto de 2008,

con fecha de efectividad el 01 de octubre de 2008, finalizando con un último traslado a la AFP Porvenir S.A. solicitado el 27 de noviembre de 2009, con fecha de efectividad del 1 de enero de 2010 (fl.72 de la contestación de la demanda de Porvenir. Archivo 07 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que

el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que, ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020 que, a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones** aportó: el expediente administrativo de la demandante y la historia laboral de la demandante. **AFP Porvenir SA** aportó: SIAFP, Formulario de afiliación con Horizonte S.A. el 08 de junio de 1998, formulario de afiliación con Porvenir S.A. del 27 de noviembre de 2009, copia de comunicado de prensa del diario EL TIEMPO del 14 de enero de 2004, concepto Superfinanciera No. 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020, histórico de movimientos Porvenir

S.A., certificado de relación de aportes Porvenir S.A., Historia laboral consolidada, respuesta a solicitud de traslado elevada por la demandante, historia laboral OBP, certificado de Bono pensional, certificado de afiliación de la demandante. **Skandia Pensiones y Cesantías S.A. aportó:** Historial laboral, formulario de afiliación, Historia laboral válida para Bono Pensional, Estado de cuenta individual, SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 08 de junio de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 08 de junio de 1998, la demandante tenía 749.8 semanas (fl.109 del Archivo 07 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 25 de julio de 1965 – fl.37 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 9 de marzo de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR SA, la demandante había cotizado más de 1705 semanas, fl.109 del archivo 07 del expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE.

Ahora bien, conforme a lo manifestado por las demandadas, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (ffs. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas

por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A. conforme a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue

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.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que **las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional** y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

*Lo anterior, se repite, **sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.***"

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó:

*"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que **los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y

deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado (...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

De igual manera, contrario a lo manifestado por Colpensiones, esta no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Respecto de la manifestación hecha por Colpensiones, en la cual solicita que se ordene el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, como lo es: recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración con utilidades de Porvenir S.A en favor de Colpensiones. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, cabe precisar que la solicitud frente a este punto es acertada, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

Finalmente, frente al punto de apelación de la parte demandada Colpensiones, frente a lo que corresponde a reclamar perjuicios que se causen con relación a la declaratoria de la nulidad, cabe resaltar que, en principio, debe surtirse el trámite interno entre administradoras para dar cumplimiento a la sentencia, de modo que es claro que estas deben actuar conjuntamente y, eventualmente, si se acredita un daño en contra de Colpensiones, esta última tiene la libertad de pedir esos daños causados; para el asunto en trámite, se resalta que no obra prueba alguna que logre demostrar o que permita concluir la generación de un daño en su contra con relación a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, de modo que, por los estos argumentos no se accede al pedimento de la demandada frente a este punto.

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados juntos con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje destinados al pago de seguros previsionales y Bonos pensionales.

Se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **CLAUDIA PATRICIA RUIZ CAMARGO** del ISS hoy Administradora

Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A, el 08 de junio de 1998.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A-Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida el 02 de febrero de 2022 por el Juzgado 32 laboral del circuito de Bogotá en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos e intereses, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje destinados al pago de seguros previsionales y Bonos pensionales.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 02 de febrero de 2022 por el juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR y COLPENSIONES a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503220200005401)



Aclaro
Voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503220200005401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220200005401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral - Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Patricia Ruiz Camargo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-032-2020-00054-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2019-00668-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ANTONIO MARÍA ALARCON AGUILAR
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO, identificada con C.C. 53.074.475 y tarjeta profesional No.287.274 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir SA, Colpensiones y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 03 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Antonio María Alarcón Aguilar instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, Colpensiones y la AFP Colfondos, debidamente sustentada como aparece a folios 53 a 84 del expediente digitalizado (Archivo 01. 11001310503420190066800 del expediente digital) y reforma de la demanda (Archivo 13 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Principales:

1. Declarar la nulidad del traslado del señor ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada en el año 1996 o la vinculación a este último, ante la omisión de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, del deber de informar al demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.
2. Como consecuencia de lo anterior, condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y a PORVENIR S.A. a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación del señor ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado.
3. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los valores obtenidos en virtud de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de COLFONDOS y PORVENIR del señor ANTONIO MARIA

ALARCON AGUILAR, como a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

4. Que se ordene a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES de los tiempos cotizados por el mandante en dicha entidad, con el fin que sean tenidas en cuenta dichas semanas.

5. Condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

6. Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

7. Que se declare que toda vez que el traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual se efectuó ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, quien desplegó todas las actividades de traslado, al quedar nulo o ineficaz el traslado inicial, los demás traslados horizontales correrán la misma suerte.

8. Que se declare que el demandante podrá solicitar su pensión ante COLPENSIONES con todos las prerrogativas y beneficios a los cuales tiene derecho, como si el traslado al RAIS nunca hubiera existido.

Subsidiarias:

1. Declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al demandante ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por parte de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1996, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la demandante, al momento de la vinculación al fondo privado demandado y ante la omisión de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, del deber de informar al demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls. 2 a 24 del archivo 12 del expediente digital), Colfondos S.A. (fls. 3 a 8 del archivo 15 del expediente digital) y Colpensiones (Archivo 17 del expediente digital) de acuerdo al auto del 24 de febrero de 2020.

Contestaron la reforma de la demanda: Porvenir S.A. (fls. 2 a 24 del archivo 18 del expediente digital) y Colpensiones (Archivo 22 del expediente digital).

Colpensiones y Porvenir se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito. Colfondos no se opone a las pretensiones principales, salvo la 5 y 6 de la demanda y no se opone a la subsidiaria, no propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 34 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 2 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia o nulidad de traslado realizado por la demandante ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR, verificado el 27 de noviembre de 1996, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, respecto a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y posteriormente ante la entonces SOCIEDAD AFP HORIZONTE, actualmente AFP PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; **CONDENÓ** a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación del demandante ANTONIO MARIA ALARCON AGUILAR, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; **CONDENÓ** a las demandadas SOCIEDAD AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a la SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho, la suma de UN salario mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas;

CONCEDIÓ el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en el evento de no presentar recurso de apelación.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del deber de información y del principio de la autonomía de la voluntad privada.

Sostiene el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A., que respecto de este punto no se valoró de forma adecuada el consentimiento informado que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación por el demandante, documento que no fue tachado de falso y goza de plena validez y que por intermedio de este se consta que el demandante eligió de forma libre, voluntaria y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad; manifiesta que, de lo anterior, se puede concluir que el demandante fue asesorado en sobre los aspectos de aquel régimen y otros conceptos, como lo exigía la Ley 100 de 1994 en su art. 114 y de ello argumenta que el formulario no se trata de una simple concepción vacía contenida en un formulario de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante.

Adicionalmente sostiene que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho al retracto al demandante, indica que prueba de ello es el comunicado de presan emitido en el año 2004 en el diario El Tiempo por parte de la AFP, como lo dispuso el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 sin que el demandante ejerciera dicha facultad, a su juicio, indica que ello debe valorarse como negligencia del actor.

Argumenta que, también, con la declaratoria de la nulidad del traslado se estaría desconociendo el principio de la autonomía de la voluntad privada del demandante, definida en la sentencia C-341 del 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer, con efecto vinculante, de los derechos y deberes de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres. Además, sostiene que la falladora de primera instancia

al aducir que no se le entregó una proyección pensional al momento del traslado del demandante, dicha obligación no estaba contemplada para la fecha del traslado.

2. De los gastos de administración y sumas adicionales de aseguradoras.

Frente a este punto, manifiesta el apoderado de Porvenir S.A., que dichos gastos no forman parte integral de la pensión y por ello son sujetos del fenómeno de la prescripción; argumenta que ordenar la devolución de las sumas adicionales de aseguradoras a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin justa causa en favor de esta última, en la medida que no existe norma que contemple tal devolución; arguye que, de forma clara y sin ligar a interpretaciones el art. 113, literal b de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados, que son: el saldo en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, lo que, a su juicio, evidencia que esas sumas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Frente a la nulidad del traslado y los vicios del consentimiento.

Manifiesta la apoderada de COLPENSIONES que, en primera medida, no se puede alegar al nulidad o ineficacia ya que reza sobre un error de punto de derecho, lo cual no vicia el consentimiento.

Por otro lado, sostiene que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, cumpliendo con los requisitos que la Ley ordenaba para ese momento; indica que debe tenerse en cuenta que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado de régimen la entonces Superintendencia bancaria, hoy financiera, estableció en la circular externa número 019 de 1998 que en virtud del decreto 692 del año 94, artículo 11, el diligenciamiento del formulario debe diligenciarse para hacer efectivo el traslado entre regímenes pensionales, era el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado del demandante, pues en este se consignaba la voluntad del

afiliado o de quien lo suscribía, debe indicarse además que mediante el derecho a la libre escogencia del régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el formulario; el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes.

2. De la sostenibilidad financiera del sistema y del detrimento patrimonial.

Argumenta frente a este punto la apoderada de COLPENSIONES que debe tenerse en cuenta que el régimen de ahorro de individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida tienen diferentes formas de distribución del aporte, de ello debe resaltarse que son 25 años en los cuales COLPENSIONES no ayudó a financiar la pensión del actor y no cobró gastos de administración, por lo tanto, se genera un detrimento patrimonial y se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso de que el demandante regrese a la entidad. Adicional a ello, manifiesta que, a su juicio, el demandante eleva basa su inconformidad exclusivamente en la diferencia de la mesada pensional

De otra parte, en lo concerniente a la descapitalización del sistema pensional, sostiene que de conformidad con lo establecido en la sentencia C-1024 del 2004, Sentencias de unificación 062 del 2010 y 130 del año 2013, la Corte constitucional en materia de traslados manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que en el régimen solidario de prima media con prestación definida se podría descapitalizar. Alega que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad afecta a la sostenibilidad del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la Seguridad Social de los demás afiliados, lo anterior en concordancia con la sentencia T-489 del 2010, que cuyo contenido se extrae y se manifiesta que no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a la formación vienen a último momento, cuando les falta menos de 10 años para concretar su derecho a la pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinanciaría al sistema.

Manifiesta que desde una perspectiva social se cortaría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones de los riesgos asumidos por otra. Argumenta que si bien, en un principio, solo se impone una condena a COLPENSIONES respecto de tener como afiliado al demandante y recibir por parte de Porvenir S.A. lo concerniente a lo ahorrado por el actor, no es menos cierto que esa decisión a futuro conllevaría el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante, situación que claramente sí afectaría a los intereses de COLPENSIONES.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, efectuado por el (la) señor **ANTONIO MARÍA ALARCÓN AGUILAR** el día 27 de noviembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., 27 de noviembre de 1996 con efectividad a partir del 28 de noviembre de 1996 (fl.58 de la contestación de la reforma de la demanda de Porvenir. Archivo 18 del expediente digital), posteriormente, el 12 de noviembre de 1997 solicitó el traslado a la AFP HORIZONTE, hoy Porvenir S.A., con efectividad el 1 de enero de 1998; el 21 de septiembre de 1999 solicitó traslado de AFP COLFONDOS S.A., con efectividad el 1 de noviembre de 1999; en fecha 29 de agosto de 2002 solicitó traslado a la AFP HORIZONTE, con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2002. Finalmente, dada

la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014.

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a

conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** escrito de contestación de la demanda, reporte de semanas cotizadas del demandante actualizado a 29 de julio de 2020, expediente administrativo del demandante. **AFP Porvenir SA aportó:** SIAFP, formulario de afiliación a Horizonte S.A. de fecha 12 de noviembre de 1997, formulario de vinculación AFP Horizonte S.A. de fecha 29 de agosto de 2002, copia de comunicado de prensa en periódico EL TIEMPO de 14 de enero de 2004, concepto Superfinanciera Rad. 2019152169-003-000 del 17 de enero de 2020, respuesta a solicitud de información de 05 de julio de 2019, copia de solicitud de trámite de Bono Pensional solicitado por el demandante, copia de respuesta a solicitud de bono

pensional, copia de respuesta emitida a solicitud de reconstrucción de historia laboral, certificado de vinculación de 10 de noviembre de 2020, relación de aportes, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, histórica laboral de la OBP, Copia de Bono Pensional emitido por la OBP el 10 de noviembre de 2020. **AFP Colfondos S.A. aportó:** Estado de afiliación, SIAFP, formulario de afiliación de 21 de septiembre de 1999.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de noviembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 27 de noviembre de 1996, el demandante tenía 819 semanas (fl.132 del Archivo 18 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 20 de septiembre de 1955 – fl.26 del Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 (precisando que para el 10 de noviembre de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR SA, el demandante había cotizado más de 1860 semanas, fl.132 del archivo 18 del expediente digital) y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas

por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Con relación a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue 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.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y sumas adicionales de aseguradoras debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó:

"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Con relación a lo manifestado por las demandadas que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado

por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado (...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **ANTONIO MARÍA ALARCÓN AGUILAR** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP COLFONDOS S.A. el 27 de noviembre de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

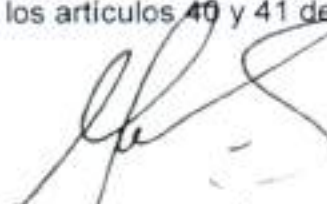
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2021 por el juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir y COLPENSIONES y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503420190066801)

 *Aclaro voto*
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503420190066801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503420190066801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Antonio María Alarcón Aguilar
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-034-2019-00668-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00196-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificada con C.C. 1.049.614.551 de Tunja y tarjeta profesional No.246.554 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora

Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 09 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GLORIA STELLA RODRÍGUEZ VARGAS instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, como aparece a folios 4 al 30 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital) y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls.123 y 124 Archivo 01 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Se declare que a la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS al momento del traslado de régimen pensional del de prima media de prestación definida al de ahorro individual, los asesores comerciales de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre una elección de régimen pensional, al fin de ilustrarla en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, en los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país.

2. Se declare la nulidad del traslado del régimen pensional de la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS que en su momento efectuó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., que por consiguiente no produce efecto jurídico alguno dicho traslado.

3. se declare que la señora GLORIA STELA RODRIGUEZ VARGAS conforme a la declaración de nulidad de la vinculación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante los fondos de privados, trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES.

4. Se declare que la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES "I.S.S.", hoy representado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES".

5. Se declare que, conforme a la conducta indebida por parte de las administradoras de los fondos privados, esto es: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., llevaron a la nulidad de la vinculación y traslado de la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS a ese régimen, por lo tanto, deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, los perjuicios sufridos en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

6. Se declare que la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo a la afiliación indebida de la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

7. Declarar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", entidad que remplazó al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES "I.S.S." como administradora del régimen de prima media con prestación definida, es la llamada a pensionar por vejez a la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS.

8. Declarar que la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

Condenatorias:

1. Condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A., a registrar en el sistema de información, que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS estuvo viciado de nulidad por error de hecho.

2. Condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación indebida de la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como o dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

3. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a activar la afiliación en pensión a la señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ VARGAS, identificada con C.C. No. 51.718.764 expedida en Bogotá.

4. Condenar a la parte demandada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades Ultra y Extra Petita.

5. Condenar a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión a este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls.1 al 44 del archivo 15 del expediente digital), Colfondos S.A. (fls.190 a 229 del archivo 01 del expediente digital), Protección S.A. (fls.232 a 258 del Archivo 01 del expediente digital) y Colpensiones (fls.139 a 154 Archivo 01 del expediente digital) de acuerdo al auto del 20 de mayo de 2019.

Colpensiones, Porvenir, Protección y Colfondos se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de septiembre de 2021, **DECLARÓ LA INEFICACIA DEL TRASLADO** efectuado por GLORIA STELLA RODRÍGUEZ VARGAS al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; **CONDENÓ** a las AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a GLORIA STELLA RODRÍGUEZ VARGAS al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.; **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la ineficacia o nulidad del traslado, del deber de información y de la descapitalización del sistema.

Sostiene la apoderada de COLPENSIONES que no se atiende lo contemplado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 frente a la ineficacia del

acto de afiliación de un régimen pensional a causa de la deficiencia del deber de información, toda vez que es allí en el que se señala cuáles serían las consecuencias de esta declaratoria, esto atendiendo a que COLPENSIONES fue ajena al acto de afiliación de traslado de régimen pensional de la demandante y al deber de información a cargo de la AFP, a la luz las normas vigentes para el año 1995 cuando la demandante realiza su primer traslado de régimen pensional, y es allí que no pueden aplicarse disposiciones posteriores.

Argumenta que no se tiene en cuenta en el fallo de primera instancia el deber de entregar información respecto a la simetría entre la administradora y la afiliada, no se tuvo en cuenta la sentencia SL 17595 del 2017, la cual estructuró cuáles eran las diferencias entre los afiliados al sistema de pensiones y que no todos pueden ser considerados afiliados legos, máxime cuando la demandante tiene una calidad profesional; realizado se desempeña en actividades laborales en las que se supone un mínimo conocimiento, no puede alegar un desconocimiento de la norma, Máxime en su condición de abogada y asistente de fiscal dos de la Fiscalía General de la nación, circunstancias estas que atentan o que contribuirían a la descapitalización del sistema pensional.

Indica que, conforme a sentencia C-1024 del 2004, la SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010, la Corte Constitucional manifestó que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Finalmente manifiesta que la demandante realizó traslados horizontales, los cuales pueden ser considerados actos de relacionamiento, los cuales si ratifican la necesidad y conformidad de la demandante de pertenecer al régimen de ahorro individual por más de 26 años. Refuerza su argumento indicando que respecto al interrogatorio de parte la demandante confiesa cuáles son las características del régimen de ahorro individual, los expone ampliamente y Adicionalmente señala que es su necesidad pertenecer a este régimen frente a la rentabilidad que le generaba permanecer y no retornar al régimen de prima media, por tanto, no puede desconocerse que fue una

decisión deliberada atendiendo al principio de libre elección, la cual señala la ley 100 de 1993.

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De los gastos de Administración.

Argumenta el apoderado de la demandada Protección S.A., que en virtud a que en el proceso se está declarando la ineficacia del traslado, únicamente sería pertinente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección, pero no es procedente que se ordene una devolución de lo que Protección S.A. descontó por comisiones de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante; descuentos que se realizaron conforme a la ley como una contraprestación, una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera; indica que en el caso en el que la demandante hubiese permanecido afiliada a COLPENSIONES, del mismo modo le hubiesen descontado gastos de administración.

Sumado a lo anterior indica que la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y que, por ende, Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta individual de la demandante, por ende, los rendimientos financieros nunca se produjeron y tampoco debió cobrarse una Comisión de Administración.

Del mismo modo arguye que es importante poner de presente que el ordenar a Protección devolver a COLPENSIONES los aportes que la demandante hizo, los rendimientos generados y, adicionalmente, todo lo descontado por comisiones de administración se está constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante; pues está recibiendo unos rendimientos generados por una buena gestión sin reconocer o pagar ningún concepto por dicha gestión.

La parte demandada (Porvenir S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la ineficacia del traslado y del deber de información.

Manifiesta la apoderada de la parte demandada Porvenir S.A. que, si bien existe un precedente jurisprudencial por el órgano de cierre, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, es por ello que debe estudiarse las circunstancias especiales de cada caso; sostiene que la declaratoria de la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando no le era obligatorio a Porvenir S.A. y a las demás AFP el brindar a la demandante una información adicional o correspondiente que se pueda expresar o que se pudiera visualizar directamente en el único documento válido para realizar dicho traslado, era que el afiliado materializará su afiliación a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, es por ello que, a su juicio, sostiene que Porvenir S.A. cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo.

2. De los gastos de administración.

En relación a lo manifestado en el punto anterior, la apoderada de Porvenir indica que, en virtud de la inexistencia del acto declarado nulo, no es procedente que deba Porvenir realizar el pago de lo descontado por gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, dejando de lado que la demandante se benefició por más de 26 años de los rendimientos financieros en cada una de las AFP a que estuvo afiliada. Mantuvo su postura al indicar que no es factible ordenar a la devolución de gastos de administración, ya que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100, también el régimen de prima media se destina al 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración; por ello que se pueda que concluir que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

3. de los actos de relacionamiento y de la aceptación tácita de la demandante de pertenecer al RAIS.

Argumenta la apoderada que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento por la suscripción de varios formularios de afiliación por parte de la demandante, pues no fue uno, sino tres formularios los que suscribió, con entidades y asesores diferentes y que ello configura el deseo de permanecer en el RAIS.

La **parte demandada (Colfondos S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De los gastos de administración.

Manifiesta la apoderada de Colfondos S.A. que contrario a lo manifestado por el *A-Quo* las actuaciones de la AFP se han ceñido a la constitución y a la Ley; sostiene que este es un tema que no ha sido abordado en detalle por la H. Corte Suprema de Justicia y es por ello que considera que las cuotas de administración no tienen una razón jurídica para devolverse.

Indica que no hay razón para que se desconozcan los hechos relevantes acaecidos y las circunstancias fácticas que rodearon el traslado de régimen y lo efectos que esto produjo, argumenta que debe tenerse en cuenta que estos son actos que superan los 20 años y que la actora estuvo afiliada a 3 fondos diferentes y de ello que se hayan producido unos efectos jurídicos válidos hasta el día de hoy, por lo que el señor juez también tiene que reconocer en sentencia que la rentabilidad que generó la cuenta de ahorro individual fue gracias a una óptima administración de sus aportes, la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en este caso, las administradoras cumplieron con el deber de administrar la cuenta de la actora y fue gracias a esa última inversión que se produjeron rendimientos en su cuenta de ahorro individual. En virtud de ello, indica, que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los altos rendimientos en la cuenta de la afiliada que,

comparados con los gastos de administración, se entiende que los gastos son muy inferiores a los rendimientos.

Finaliza su intervención manifestado que se debe aplicar la prescripción del artículo 151 en consecuencia es improcedente el reintegro de esas cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual, habría que considerar que están prescritas parcialmente porque si bien es cierto no prescribe el traslado ni prescriben los aportes de pensiones, lo cierto es que estos dineros no tienen la misma naturaleza porque son por unos gastos de administración, valga la redundancia, por administrar unas cuentas de ahorro individual.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE SA, efectuado por el (la) señora **GLORIA STELLA RODRÍGUEZ VARGAS** el día 15 de marzo de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. el 15 de marzo de 1996, con efectividad a partir del 01 de mayo de 1996 (fl.259 del Archivo 01 del expediente digital y 80 del Archivo 15 del expediente digital), posteriormente efectuó traslados horizontales en ese régimen, a saber: en fecha 31 de marzo de 1997 efectuó traslado automático a la AFP COLMENA, con efectividad el 1 de mayo de 1997; dada la cesión por fusión, quedó afiliada el 01 de abril de 2000 a la AFP ING; Luego, el 24 de noviembre de 2003 efectuó traslado a la AFP COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad el 1 de enero de 2004; el 28 de julio de 2004 solicitó traslado a la AFP ING, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 2004; finalmente, dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A., a partir del 31 de diciembre de 2012. (fl.259 del Archivo 01 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para

conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones** aportó: expediente administrativo **AFP Porvenir SA** aportó: SIAFP, formulario de vinculación con horizonte S.A. el 15 de marzo de 1996, comunicado de prensa de 14 de enero de 2004, concepto superintendencia financiera de Colombia e 17 de enero de 2020, relación de aportes de la demandante, historia laboral consolidada, certificado de egreso. **AFP Protección** aportó: SIAFP, Historia

laboral, formulario de afiliación a ING, reporte estado de cuenta. **AFP Colfondos aportó:** SIAFP, Reporte de días acreditados, comunicado de prensa de 09 de enero de 2004.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de marzo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 15 de marzo de 1996, el demandante tenía 241.14 semanas (fl.260 del Archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 25 de enero de 1963 – fl.35 del Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 20 de septiembre de 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Protección, la demandante había cotizado más de 1492.56 semanas, fl.260 del archivo 01 del expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE S.A.

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión,

porque desde el escrito inaugural (ffs. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Con relación a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue 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.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Respecto del argumento expuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., en cuanto a la no devolución de gastos de administración y sumas adicionales de aseguradoras debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó:

*“Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que **los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones** (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*

Con relación a lo manifestado por las demandadas que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que si conocía las características de los regimenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación

y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado (...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**

TRASLADO que realizó la señora **GLORIA STELLA RODRÍGUEZ VARGAS** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP HORIZONTE S.A., el 15 de marzo de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES y a

favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520190019601)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503520190019601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190019601)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gloria Stella Rodríguez Vargas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-035-2019-00196-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada