

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 15-2017-45-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: FRANCISCO JAVIER SOLANO BONILLA

DEMANDADO: TDA SUPPLY & SERVICE S.A.

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las de la parte demandante.

P R E T E N S I O N E S

FRANCISCO JAVIER SOLANO BONILLA, mediante apoderado, instauró demanda contra **TDA SUPPLY & SERVICE S.A.** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato a término fijo por tres meses, a partir del 12 de noviembre de 2014 y hasta el 11 de febrero de 2015, que el contrato luego de las prorrogas de ley se convirtió en fijo a un año, que el empleador no afilió al trabajador al sistema de seguridad social, que el contrato terminó sin justa causa y que se adeuda reliquidación. En consecuencia, solicita se condene al pago de reliquidación de prestaciones, sanciones moratorias, pago de cálculo actuarial por no pago de aportes, pago a caja de compensación, indemnización por despido sin justa causa, perjuicios, extra y ultra petita, indexación y costas. (Fls 3 al 29).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el demandante prestó servicios a la demandada en las fechas indicadas y bajo la modalidad de contrato a término fijo inferior a un año, que laboraba de lunes a sábado en la ciudad de Neiva, que el salario era de \$8.000.000, más un bono de desempeño para un total de \$ 1.065.120, que en 2015 el salario se fijó en \$8.380.000, como salario integral, que el bono tenía naturaleza salarial, que no se tuvo en cuenta para las cotizaciones, que el contrato se convirtió en contrato a un año, que fue terminado sin justa causa el 11 de octubre de 2015. (Fls 3 al 39).

La demanda fue contestada mediante apoderada quien aceptó la existencia de un contrato a término fijo inferior a un año, pero no que se hubiese prorrogado por un año, aceptó que terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato, pero pagando solo un mes de indemnización que era lo que faltaba para que finalizará. Agregó que pagó todo lo adeudado. En ese orden aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 al 6 y el undécimo, parcialmente el octavo, noveno, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo quinto, negó los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones, compensación, buena fe y genérica. (Fls 144 a 152).

Tramitada la primera instancia, el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno, (2021), por la que resolvió en sus dos primeros numerales lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor FRANCISCO JAVIER SOLANO BONILLA y la entidad TDA SUPPLY & SERVICE S.A EN REORGANIZACIÓN, existió un contrato de a término fijo inferior a un año, entre el 12 de noviembre del año 2014 y que tuvo su vigencia hasta e 11 de octubre de 2015, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada TDA SUPPLY & SERVICE SA EN REORGANIZACIÓN a pagar a favor del señor demandante FRANCISCO JAVIER SOLANO BONILLA, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$75.420.000), los cuales se pagarán debidamente indexados desde el 12 de octubre del año 2015 hasta su momento efectivo de pago, esto es por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.”

En los demás numerales ABSOLVIÓ de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada.

Para llegar a esa decisión señaló el Juez en síntesis que: *“.... No es motivo de discusión sobre el término inicial de duración del contrato y modalidad de salario integral. Señaló que el primer problema jurídico es la reliquidación de derechos laborales, teniendo en cuenta el bono de desempeño. Al respecto citó los artículos 127 y 128 del C S T, y dijo que la C S J ha señalado la posibilidad que tienen las partes de según lo dispuesto en el art 128, de pactar que beneficios no constituyen salario, sin embargo, también que esta posibilidad no puede quitar la connotación salarial a lo que realmente es salario y cita sentencias al respecto. Dice entonces*

que en este caso según la carga de prueba que correspondía a la actora y según lo manifestado sobre el pago habitual, que no lo demuestra, es decir que solo hay prueba del pago de un bono solo a la terminación del contrato, pero no hay prueba que de fe del pago periódico y habitual de esta suma y así lo manifiestan los testigos y que solo se pagó en una ocasión y por mera liberalidad al momento de la terminación del vínculo, sin que reitera se pueda considerar que tiene connotación salarial. Adicionalmente indica que conforme lo pactaron las partes en el contrato, lo que recibiera ocasionalmente el trabajador no sería salario. (FI 33). Insiste en que no hay prueba que ese pago ocasional fuera remuneración del servicio y además señala que el salario del actor era integral según el art 132 del CST, luego tampoco hay lugar a reliquidación, lo único serían vacaciones porque las demás prestaciones se incluyen en el factor prestacional del 30% en ese tipo de salarios, por disposición expresa de la ley, por ello absolvió de las pretensiones al encontrar que todo fue pagado en concordancia con ese salario, como consta en la documental. El segundo problema es el referido al termino de duración del contrato y su finalización, encontrando luego de determinar las fechas iniciales y su prórrogas que la última prórroga iba hasta el 11 de noviembre de 2015. Dice que de acuerdo con los testigos esa era la costumbre en ese tipo de contratos y al respecto entonces se remite al contrato, clausula sexta la cual lee, también lee el artículo 46 del C S T numeral dos y concluye que según el artículo 13 del C S T,, y dados los principios de mínimo de derechos y garantías del código; las partes mejoraron lo que la ley dice pues solo pactaron dos prórrogas, lo que mejora y no vulnera el mínimo de derechos y garantías luego es válida, es una mejora, itera, al mínimo de derechos, luego posterior a esas dos prórrogas se convirtió en contrato de un año, cita sentencia de la CSJ SL 703 de 2021, del Dr FERNANDO CASTILLO CADENA, sobre el respeto a estos pactos, no solo por las partes, sino por el operador judicial, dado que el contrato es ley para las partes y no se pueden admitir errores en la redacción de la cláusula como argumentó en su defensa la demandada. En ese orden, encuentra que al terminar el contrato cuando ya estaba renovado a un año, - porque este debía ir desde el 12 de agosto de 2015 y hasta el 11 de agosto de 2016-, luego se adeuda la indemnización por nueve meses porque la demandada pagó un mes, hace las operaciones aritméticas y condena a la suma indicada en la parte resolutive. En cuanto a pretensiones que el apoderado de la parte actora incluye en los alegatos no en la demanda como el pago de prestaciones del tiempo que faltaba los niega porque en eso tiempo no prestó servicios y lo que se paga es a título de indemnización, es decir se habla de salarios para cuantificar la indemnización. Agrega que no hay condena a moratoria pues la indemnización única condena no la genera. Condena al pago indexado de la indemnización y declara no probadas las excepciones, condenando en costas a la parte vencida...”

Inconforme con esta decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso así:

La parte demandante: “únicamente con la no concesión de la moratoria de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C ST, afirmando que no se considera de buena fe por parte de la demandada la conducta “patronal” al no pagar los derechos prestacionales que fueron de vital importancia y todo lo que tiene que ver con la moratoria ha sido mucha la jurisprudencia que habla del tema lo cual sustentara en el tribunal.””

La parte demandada: “.... solo en cuanto a la indemnización por despido asegurando que el contrato se prorrogó por tres periodos iguales al primer contrato siendo la última la que iba hasta el 11 de noviembre de 2015. Dice que no se tuvieron en cuenta los testigos en cuanto a la realidad de lo verdaderamente pactado, es claro que el contrato se prorrogó de acuerdo con el art 46 del C S T, la cláusula sexta del contrato por ser contraria a los procedimientos internos de contratación y a la practica empresarial debe ser interpretada conforme a la realidad siendo claro que el demandante entendió que eran tres prorrogas no dos y el demandante no lo reclamó. Se acude entonces a lo establecido en el art 66 del C P del T, modificado por el art 10 de la ley 1149 de 2007 y al art 53 de la constitución política, por tanto en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas se debe absolver a la demandada, pues lo pactado no se adecua a lo que realmente sucedió.

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los motivos de apelación, de las partes empezando por razones de método por el de la parte actora; **no sin antes advertirle al apoderado, en primer lugar; que, en el trámite de la segunda instancia, no es posible sustentar el recurso, solo proceden en esta; las alegaciones que contempla le ley y que solo pueden dar apoyo a los argumentos sustentados en la audiencia en la que se profirió la decisión**

Una segunda aclaración se hace necesaria, por cuanto, aunque el recurso de apelación no implica formulas sacramentales ni formalismos excesivos, si impone un deber de argumentación que delimite los puntos a resolver por el Tribunal y que cuestionen los errores en que incurrió el Juez en la sentencia atacada.

Se observa entonces que escaso es, el argumento del recurrente, rescatando la Sala el relativo a que la demandada actúo de mala fe al no pagar de manera completa factores prestacionales, por lo que considera procede la indemnización moratoria haciendo énfasis en que es lo único que cuestiona de la sentencia.

Olvidó entonces el recurrente que para que proceda la sanción contemplada en el artículo 65 del C S T, tiene que existir en primer termino una omisión o tardanza en el pago de salarios y/o prestaciones sociales; para luego si estudiar si dicha omisión o tardanza estuvo o no, guiada por buena fe del empleador.

En ese orden si no se encontró, como en efecto sucedió en este caso, incumplimiento alguno en el pago de salarios o prestaciones sin que se cuestionara con argumento alguno la providencia en este aspecto, como también sucedió;

sencillamente no hay lugar al análisis de la existencia de buena o mala fe de empleador, porque no hay sustento legal para ello.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la parte demandante en sus alegaciones, se impone confirmar la decisión del Juez que absolvió de la pretensión de sanción moratoria, por cuanto en este caso no se encontró que el empleador hubiese dejado de cancelar ni salarios ni prestaciones ni que se hubiesen cancelado de manera incompleta, luego no era necesario ningún otro análisis al respecto ya que este es el sustento legal de la denominada sanción.

Resuelto el recurso de la parte actora se resuelve el de la demandada en su punto específico esto es la condena al pago de indemnización por terminación unilateral y sin justa causa por un mayor valor al adeudado.

Manifiesta la recurrente que el contrato terminó por vencimiento del plazo, toda vez que sucedió en la tercera prorroga y antes de que el mismo se convirtiera en contrato a termino fijo de un año, toda vez que eso fue lo que sucedió en realidad, pidiendo se de aplicación a ese principio, lo que surge con claridad de lo expuesto por los testigos y agregando que lo dispuesto en el contrato va en contra del procedimiento interno de contratación y la practica empresarial.

Veamos entonces que fue lo que se pactó en el contrato en cuanto a la duración de este, documento que aparece a folios 30 al 33 del expediente.

Efectivamente el contrato fue pactado efectivamente por tres meses y se inició el 12 de noviembre de 2014. En la clausula sexta del texto además se consagró:

“ La duración del presente contrato es a establecida en este documento. No obstante, si antes de la fecha de vencimiento del termino estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar este contrato, este se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado. Para todos los efectos este contrato podrá prorrogarse hasta por dos periodos iguales o inferiores al inicialmente pactado, al cabo de los cuales el término de renovación no puede ser inferior a un (1) año y así sucesivamente”

Definitivamente tal y como señaló el Juez esta cláusula que no habría sido necesaria, -si no se estableciera en ella algo diferente a lo que la ley estipula-; establece un aspecto sustancialmente diferente a lo que consagra el artículo 46 del C S T, norma de orden público y de carácter tuitivo en favor del trabajador a quien la ley evidentemente la garantiza un mínimo de derechos.

Y es que es el artículo 46 del C S T, el que dispone que un contrato a término fijo inferior a un año, solo podrá prorrogarse por un término igual o inferior al inicialmente pactado, tres veces; al cabo del cual si ninguna de las partes avisa con el tiempo que la ley señala; su deseo de no prorrogarlo, la prórroga no puede ser inferior a un año.

Por tanto, si en un contrato se pactara, que luego de 4 o más prórrogas al término inicial, el contrato se prorrogaría por un año, tal cláusula sería inválida y/o, ineficaz y debe tenerse por inexistente, por cuanto iría en contra de la Ley. Pero si por el contrario se establece; como en este caso que con dos prórrogas al término inicial, la tercera es por un año; debe tenerse como una cláusula totalmente válida, que supera en favor del trabajador; - parte débil de la relación de trabajo; - lo consagrado en la Ley, se itera en su favor dado el carácter tuitivo del derecho laboral.

Cierto entonces resulta, como señaló el Juez; que el contrato es ley para las partes y que lo pactado en el de trabajo, es de estricto cumplimiento, no solo por ese carácter, sino porque el mismo debe desarrollarse, según lo establecido en el artículo 55 del C S T en el que expresamente se dispone: “ **El contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella.**”

De manera que pretender bajo la interpretación de un principio como el de primacía de la realidad sobre las formas; desconocer lo pactado, no puede aceptarse; porque no solo desnaturaliza el principio, sino que va en contravía de los que en verdad en el artículo 53 de la Constitución Política, se consagran.

Y es que dicho principio indudablemente de origen Constitucional plasmado en la ley específicamente el artículo 23 del C S T; ha sido explicado y definido por la jurisprudencia como aquel que obliga a no sujetarse a las denominaciones que se de por las partes al contrato, sino al deber de observar los hechos, a las modalidades con que se presta el servicio, a lo que ofrece la realidad en cuanto a la relación jurídica existente; pero nunca al extremo de invocarlo para desconocer las condiciones que se pactan en un contrato como en este caso sucede, en favor del trabajador, toda vez que se relaciona con la estabilidad en el trabajo.

Definitivamente los testigos, que la recurrente dice el Juez desconocieron, por el contrario, si fueron analizados en la sentencia indicando que solo afirmaron que la costumbre o practica es la contratación como indica la ley y que no saben por que

razón se pactó algo diferente en el contrato, lo que no hace más que corroborar que en este caso fue otra la condición establecida.

Ahora, frente al argumento de la recurrente que afirma como la cláusula va en contra de procedimientos internos de contratación y practica empresarial; vale decir, que el documento que la parte demandada anexa y que denomina procedimiento para la contratación de personal, visible a folios 160 siguientes y en el que se señalan diversas modalidades de contratación y que solo reproduce el texto del art 46 del C S T; en donde se indica una fecha de revisión correspondiente a 2013; sin firmas ni certeza de su elaboración por parte de departamento alguno; no tiene la fuerza para eliminar lo pactado por el trabajador y el representante legal de la empresa en 2014, pues aun dando por cierta su existencia; puede restársele validez a lo acordado en ese contrato.

Finalmente, no sobra agregar, que no es posible admitir el argumento sobre que la no reclamación del actor en cuanto a la modalidad de su contrato; implique la aceptación o modificación a una cláusula contractual que debió ser objeto de otro sí, o pacto acreditado por cualquier medio probatorio, que de ninguna manera es la falta de reclamación, como se asegura en el recurso.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, la cual la Sala encuentra acertada.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO: 15-2019-700-01

DEMANDANTE: KAREN JIRLEY BELLO VANEGAS

DEMANDADO: CEETV SA

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

P R E T E N S I O N E S

La señora **KAREN JIRLEY BELLO VARGAS** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **CEETTV SA**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un único contrato entre las partes desde el 1 de agosto de 2016 hasta el 31 de marzo de 2019. En consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar prestaciones sociales, intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del art 65 CST y 99 de la ley 50 de 1990, indexación, extra y ultra petita, costas. (Fls1 al 17)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que la demanda es la dueña de City TV, que la demandante empezó a laborar el 1 de agosto de 2016, mediante contratos de prestación de servicios, que en febrero de 2019 presentó renuncia motivada, que la causas fueron acoso laboral e inconformidades con el equipo Bravissimo y la obligación de cumplir horarios cuando su contrato era de prestación de servicios, que la demandante laboró entre el 1 de agosto de 2016 y el 31 de marzo de 2019, en el programa BRAVISSIMO del

canal CITYTV, que el cargo fue el de asistente de producción de invitados, que desde el 2 de agosto de 2017 y el 31 de marzo de 2019 el cargo fue el de productora de invitados, que ejerció el cargo de manera presencial, que no podía delegar las funciones, que el jefe inmediato fue Ciro Hernández Mota, que cumplía horario, que el último salario fue de \$ 1.390.000, que le consignaban honorarios, que nunca pagaron prestaciones ni le dieron ni compensaron vacaciones. (Fls 1 al 17).

La demandada, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, afirmando que nunca existió contrato de trabajo. En ese orden negó en su mayoría los hechos excepto el tercero, en cuanto a los contratos de prestación de servicios celebrados, contratos que se desarrollaron dice de manera autónoma. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y mala fe de la demandante y genérica. (Fls 100 a 121).

Tramitada la primera instancia, el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el once (11) de marzo de 2021, por la que resolvió: DECLARAR en su numeral primero la existencia de 5 contratos de trabajo bajo la primacía de la realidad sobre las formas, en el SEGUNDO condenar al pago de liquidación de cada uno de ellos y al pago de indemnización moratoria. ABSOLVIÓ de la indemnización por despido sin justa causa, moratoria del art 99 de la ley 50 de 1990 e indexación. Condenó en costas.

Para llegar a esa decisión, en síntesis, el Juez señaló: “Se refirió a los problemas jurídicos, refiriéndose a los artículos 22, 23 y 24 del CST, los cuales citó, citó sentencias de la CSJ, entre otras la de Rad 36549 de agosto de 2009, sobre carga probatoria, reiterada en sentencia con Rad 63886 SL 5244-2018. Luego entonces señala que debe verificar si la demandada logró desvirtuar la presunción del art. 24 del C.S.T., pues es claro que la aquí demandante sí desempeño el lo cargo de **ASISTENTE DE PRODUCCIÓN DE INVITADOS** y **PRODUCTORA DE INVITADOS**, tal como lo aseveraron ambas partes y se demuestra con los diferentes contratos de prestación de servicios aportados por ambas partes. Se refiere a la documental aportada esto es los contratos de prestación de servicios. Luego analizó el interrogatorio de parte de la demandante, en la que dijo que era cierto que suscribió diferentes contratos de prestación de servicios todos en el programa Bravisimo en el cargo de asistente de producción de invitados y en donde describe sus funciones, que reportaba a una jefe y ella luego se reunía con Ciro Hernández, dice que trabajaba de martes a domingo; dijo que generalmente la jefe le decía que números buscar, en el programa hay unas agendas o directorios, ser director de invitados consiste en conseguir invitados por varios medios como redes sociales, prensa, etc, o la Directora de Medios me pasaba los contactos. Señaló que quien decía qué invitados llevar era el Director Ciro Hernández; entonces buscaba los invitados y esperaba la aprobación de Ciro Hernández; Dijo que el perfil profesional para tener el cargo de consecución de invitados debe tener espontaneidad, facilidad para hablar y conocer; los jefes de prensa y que puedas moverte para conseguir números y tener en cuenta las necesidades del programa, además de hacer los libretos; los libretos consistían en las entrevistas que realizaban a cada uno de los invitados del programa eran 2 capítulos de sábado y domingo, y se escribía lo que se iba a decir al aire con cada invitado; los libretos eran para los presentadores del programa, basados con la autorización y

*aprobación del jefe directo; dijo que no era cierto que ella fuese quien proponía los libretos, habían ítems en reuniones de lo que se podía hablar, pero quien decía de que se hablaba y quién no, era Ciro; agregó que tenía 2 veces a la semana Consejo de Redacción. Luego se refirió a los testigos **TANIA ALEJANDRA CUERVO GARCIA, CIRO ALFONSO HERNANDEZ MONITTA, MARIA FERNANDA MONTAÑEZ REYES, JEISSON ALEXANDER MARTINEZ CÁRDENAS, OSCAR JULIÁN LÓPEZ GÓMEZ**. Concluyó del análisis de las pruebas que no se evidenció que la empresa demandada **CEETTV S.A.** desvirtuara la **presunción del artículo 24 del C.S.T.** en cumplimiento de los sendos pronunciamientos en materia laboral, pues las pruebas conducen a establecer que, en efecto se prestó el servicio por parte de la demandante y que este NO se realizó en los parámetros que exige un verdadero contrato de prestación de servicios, concretamente, no se desvirtuó la **SUBORDINACIÓN** que presume el artículo 24 ibidem, ya que la prestación personal del servicio fue aceptada por ambas partes, pues es claro que la actora suscribió los contratos para desempeñar los cargos de **GESTOR DE INVITADOS DEL PROGRAMA BRAVISSIMO** y **PRODUCTOR PROGRAMA BRAVISSIMO**. Citó la sentencia **SL10546-2014 (Radicación n.º 41839)** del 6 de agosto de 2014, también la **SL – 3009 del 15 de febrero de 2017 (Radicación n.º 47044)**. Agregó entonces que era claro que la actora ejerció como **GESTOR DE INVITADOS DEL PROGRAMA BRAVISSIMO** y **PRODUCTOR PROGRAMA BRAVISSIMO** en la empresa demandada, específicamente en el canal de City Tv para el programa Bravisimo. El despacho logró establecer con los testigos que en efecto, la actora debía presentarse a las instalaciones de la demandada a cumplir un horario con el fin de llevar a cabo las grabaciones de BRAVISSIMO y que en efecto, tenía asignadas unas tareas de martes a domingo y que los lunes era el día de receso; así mismo, se verificó que la actora tenía que asistir de manera presencial a las instalaciones del Canal y que debía estar presente en la consecución de invitados y asistir a las reuniones con el Director de Programa y en ocasiones con el equipo a cargo como lo es la asistente y practicante. Así mismo, se pudo establecer que la demandante debía dar cumplimiento a todas las citaciones convocadas por el Director del Programa para atender los requerimientos de éste, adicionalmente, se determinó que la demandada le entregaba los materiales necesarios a la actora para el desarrollo de sus actividades como **GESTORA y PRODUCTORA** del programa tales como escritorio, computador y teléfono; pues así lo afirmó el Director de Programa; quién asistió a este estrado como testigo; sumado a que indicó que cuando las grabaciones eran en locaciones diferentes al Canal se les otorgaba transporte y los recogían con antelación. De tal forma, es claro que la actora siempre debía acudir al canal para grabar y no podía ejercer sus funciones de manera autónoma e independiente como lo afirmó la demandada. Sumado a lo anterior, si bien, el fin del interrogatorio de parte es buscar la confesión de la parte, lo cierto es que la aquí demandante al rendir su declaración fue enfática y segura al exponer los hechos de subordinación, pues estas mismas aseveraciones fueron corroboradas con todos, absolutamente todos los testigos recaudados por el despacho. Señaló además que el director del programa **CIRO ALFONSO HERNANDEZ MONITTA**, pese a que narraba que en un contrato de prestación de servicio no se cumplía horario, en el caso de la señora Karen Bello, expuso que ésta estuvo en el programa entre el 2016 al 2019 en el Programa Bravisimo; que ella le tenía que rendir cuentas; que generalmente tenían reuniones en las cuales citaban a todo el equipo para tener dichas actividades, y que, en ese orden de ideas si tenía que cumplir horario. Finalmente, añadió que, la demandante tenía puesto de trabajo, que tenía un computador, teléfono de escritorio y un celular; que él le solicitó que cuidara su imagen dentro del programa Bravisimo porque es la imagen de City Tv; esto, permite inferir a este fallador sin duda alguna que la demandante si fue objeto de subordinación y no actuó a mutuo propio. Igualmente, los testigos coincidieron en afirmar que, la demandante no podía faltar a sus labores ya que era dispendioso que ella coordinara a los invitados, además porque tenía a cargo a 2 personas en su equipo como lo era la asistente y practicante, como ya se dijo. De igual forma, se corroboró que la actora recibía llamados de atención verbales; mismos que fueron aceptados por el propio Director del Programa en el testimonio absuelto; sumado a que la actora era objeto de comentario relacionados con su apariencia física y el manejo de los perfiles en las redes sociales, lo que a todas luces permite concluir*

que la actora no era independiente y que sí se ejecutó un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, pese a que la demandada pretendió en su contestación y debate probatorio demostrar que la actora debía conseguir y presentar a mutuo propio los invitados. Agregó que específicamente **OSCAR JULIÁN LÓPEZ GÓMEZ**, fue testigo directo de los hechos y adujo que, al ejercer como productor del programa, vio que Karen se desempeñaba como Productora de invitados teniendo que trabajar de martes a domingo, teniendo que llegar a las 6 o 7 am cuando había Consejo de Redacción. Es más, el señor **JEISSON ALEXANDER MARTINEZ CÁRDENAS**, siendo trabajador actual de la demandada informó que veía todos los días a la demandante prestando los servicios y que los lunes era día de receso para todos, teniendo a cargo a un equipo conformado por la asistente y practicante. También dijo que la deponente **MARIA FERNANDA MONTAÑEZ REYES**, quién fue practicante en el Programa Bravisimo, fue espontánea en responder las preguntas formuladas e informó que Karen descansaba los lunes, que ella llegaba entre 9 am o 10 am; que ella tenía un escritorio, computador y una silla; adicionalmente, compartían esos elementos de trabajo porque estaban en la misma oficina, sumado a que conocía las actuaciones de **Ciro** quien era el jefe inmediato de la demandante y quien le daba órdenes y le decía qué y cómo debía desplegar sus funciones, incluso, recordó que el Director de Programa vigilaba los horarios y llamaba a Karen desde las 7 am e hizo que la oficina la ubicara al frente de la de él para estar pendiente de horas de entrada y salida de todos; hechos que sin lugar ejercer un control sobre un contratista, pues contrario a lo que afirma la demandada no son instrucciones o simples recomendaciones, son órdenes que debía cumplir la demandante y no tenía opción, además, todos los cargos ejercidos por la demandante no tenían mucha diferencia, pues así fue aceptado por el Director de Programa. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones pudieran realizarse en otros lugares u horarios, o que se hicieran pregrabados, tampoco desvirtúa el cumplimiento de un horario de trabajo, debido a que tal situación era en beneficio del mismo programa, entonces no se puede interpretar que el hecho de asistir a reuniones no implicaba subordinación ya que las mismas no eran esporádicas, por el contrario, existen funciones específicas al interior del Canal y no para realizar desde casa, pues como tal se tienen actividades previstas los días martes, miércoles, jueves, viernes, sábados y domingos, siendo procedente concluir que no existe autonomía y que la demandada pretendió disfrazar una verdadera relación laboral. Luego insiste en el contrato realidad, cita sentencias de la CSJ sobre su diferencia con los de prestación de servicios, como la del 17 de julio de 2019, SL 2885, radicado No. 73707 de fecha 17 de julio de 2019 y ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Luego entonces determinó los extremos del contrato y señaló que los 2 primeros contratos cobijan el mes de agosto de 2017, no obstante, la misma demandada confesó que el primer contrato terminó el **11 de agosto de 2017**, ya que los dos tienen fecha de finalización el 17 de diciembre de 2017, por lo que se tendrá por probado el primer extremo para los efectos pertinentes. En igual sentido, se evidencia en la demanda que la parte actora solicita se declare como extremo inicial el 1º de agosto de 2016; por ende, este despacho pese a no existir contrato de prestación de servicios y pese a que la demandada no aceptó ningún vínculo en esta data, este despacho se remite a la prueba documental que reposa en el plenario, verificando que la demandante fue objeto de 3 depósitos en la cuenta de ahorros para el periodo 2016, concretamente el mes de octubre por valor de \$1.585.924,44, noviembre por valor de \$1,267.635 y diciembre por valor de \$950.726 (fl. 50). Esta situación fue corroborada por la demandada ya que los pagos efectuados en las fechas enunciadas coinciden con los comprobantes aportados junto con la contestación y que obran a folio 142, el cual se denomina – COMPENSACIÓN DE PAGOS-, lo que permite concluir la existencia de un contrato para dichos meses (octubre, noviembre y diciembre) y no como lo solicita la parte actora desde el mes de agosto de 2016, pues no existe material probatorio que permita corroborar una prestación del servicio desde este mes. Sumado a lo anterior, el director del Programa **Ciro Hernández** expuso que la actora prestó sus servicios entre el 2016 al 2019 con total certeza. Por último, como extremo final del último contrato -quinto contrato-, el despacho evidencia que las partes **NO** discuten el mismo, ya que las dos afirmaron el **31 de marzo de 2019**; día en que la demandante terminó su relación, conforme a carta de

renuncia. Aclaró que como extremo del primer contrato se tomó el 25 de octubre de 2016 al 19 de diciembre de 2016 al no tener más fechas que permitan establecer la prestación del servicio, sin embargo, se tiene en cuenta los abonos efectuados por la demandada. Ahora bien, frente al salario devengado por la actora, el despacho observa que la demandante devengaba por concepto de honorarios POR CAPITULO sumas que iban entre \$160.000, \$330.000, \$330.000 a \$343.500 por cada capítulo grabado, según consta en los contratos arrimados al plenario. En consecuencia, determinó el salario con la documental aportada y liquidó de acuerdo con ello. En cuanto a la sanción moratoria citó sentencias de CSJ como la de 29 de junio de 2016, rad. 45536, M. P. Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y concluyó que en este caso de autos, el Despacho logró establecer que en efecto la empresa demandada no efectuó el pago de prestaciones sociales, dado que la convicción que se tenía era la existencia de un contrato de prestación de servicios; modalidad contractual que en efecto no conlleva el pago de estas obligaciones, no obstante, este fallador evidenció una mala fe por parte de la empresa ya que los contratos suscritos se ejecutaron pero bajo las premisas de un contrato de trabajo, pues es claro que la demandada ejercía actos de subordinación y que suscribió los contratos de prestación de servicios con el fin de evadir las obligaciones derivadas de un relación laboral.....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso así:

“... se refiere a las pretensiones de la demandante y hace un resumen de lo expuesto por el Juez, en cuanto a la ley y a las pruebas. En lo que tienen que ver con el interrogatorio de parte de la demandante en que afirma que se debe mover en el medio para conseguir números hacer libretos y más que ella era la encargada de conseguir invitados. Tania cuervo testigo dice que no le conste que el señor Ciro Hernández impartiera órdenes a la demandante y dice que ellos proponían los invitados tenían un listado y que ciro era quien decía que famoso era le elegido y la elección de ellos era por disponibilidad de quienes asistían, la productora debía tener contacto con ellos contactarlos invitarlos o buscar otro y eso estaba a cargo de la demandante. En cuanto a la declaración de Ciro Hernández dice que se debe destacar que el mismo adujo que no habían llamados de atención que no había horarios y que no recuerda permisos y que ella la demandante fue muy agradecida por todo lo aprendido En cuanto a la declaración de Jeison Martínez, destaca que dice que la asistencia no era obligatoria, que no hubo sanciones que presentaba cuentas de cobro y que tenía autonomía. Cree que con estas declaraciones de manera errada se declara el contrato desconociendo estas afirmaciones pues con ellas y la documentales no hay contrato de trabajo como quiera que se logra acreditar contratos de prestación de servicios en los cuales la demandante prestó servicios de manera autónoma. Agrega que las ordenes que impartía ciro no quedaron acreditadas pues los testigos no lo dijeron de forma clara y una cosa es que ciro defina quien es el invitado y otra que le diga cómo conseguir el invitado y a cuáles conseguir eso lo hacia ella y el señor no le decía como hacerlo, destaca que era ella quien conocía el medio ella contactaba y los llevaba y eso no se lo decía Ciro ella era productora de invitados y era ajena a Ciro Hernández con su equipo de trabajo. No quedó acreditada la subordinación y solo se dice que le daban órdenes y por solo existir a reuniones no se puede inferir que era subordinada, afirma que era autónoma era ella quien realizaba la lista no se le pedía quien era el invitado ella los proponía los contactaba investigaba el perfil y el director del programa es natural quien los definía, pero esta labor no era direccionada por el mismo ciro, pues era la demandante quien lo definía ella proponía y el director elegía por lógica. Tania cuervo en su declaración dice que ellos conseguían los invitados de acuerdo quien era famosa en la época, pero eso no lo coordino ningún funcionario. En cuanto a los extremos temporales, dice que no es cierto que 25 de oct 16 al 19 de dic de 2016, lo cierto es que en este proceso se logró acreditar existieron cuatro contratos de prestación de servicios que iniciaron en 2017 y que terminaron en 2019,

interrumpidos ello teniendo en cuenta los mismos fundamentos del juez, que dice que hubo unas interrupciones y ahí no había pagos y eso es prueba de la manera autónoma como se desarrollaban y los honorarios eran por capítulos y si no habían no habían pagos luego no existen los elementos del art 23, no hay prueba de que algunos meses se hubiesen percibido honorarios. En gracia de discusión en lo que tiene que ver con las liquidaciones solicita los revise y los salarios también para revisar la liquidación. Cita sentencia de la Corte referida a contratos civiles autónomos la misma que citó en las alegaciones de instancia. Insiste en que es lógico que el director defina el invitado, pero esto no indica que diera órdenes, era autónoma como asistente de producción y productora de invitados y tan pronto ella presentaba las cuentas de cobro las presentaba, por tanto, no hay mala fe y no hay lugar a mora, tanto así que no pretendió salarios en la carta de renuncia agradece por lo aprendido, entonces no hay mala fe y por tanto se debe revocar la sentencia a sanción moratoria, pues siempre actuó de buena fe porque pagó honorarios y cumplió siempre lo adeudado.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso, en sus puntos específicos esto es: i) inexistencia de contrato de trabajo, ii) del número de contratos y revisión de la liquidación y iii) sanción moratoria.

i) Del contrato de trabajo

Aduce la recurrente que no se valoraron algunas pruebas, con las cuales afirma se desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST, insistiendo en que existieron varios contratos de prestación de servicios, los que la actora desarrolló de forma autónoma. Desde ya la Sala advierte que confirmará la decisión del Juez de primera instancia en este aspecto, toda vez que ninguna de las pruebas señaladas por la recurrente, tienen la fuerza para destruir la presunción de contrato de trabajo; y muy por el contrario lo que hacen es corroborar, bajo el principio de la primacía de la realidad; su existencia. Veamos.

En cuanto al interrogatorio de parte de la demandante, nada confesó la actora, y la cita que la recurrente hace, solo es una fracción de lo que en verdad dijo sobre sus funciones. Ciertamente es que la demandante aceptó haber suscrito contratos de prestación de servicios, lo cual resulta irrelevante, pues se itera lo que sucede en realidad lo que define su naturaleza. Ciertamente también es que la demandante afirmó que se movía en el medio para conseguir números y que era la encargada de conseguir invitados, sin que de ello definitivamente pueda inferirse autonomía, sin que sobre agregar e insistir, en que esto es un fragmento de lo afirmado por la actora, que señaló que iba al canal a diario, que ingresó como practicante, que tenía una jefe que era la productora de invitados, que trabajaba de martes a domingo, que hacía los libretos que la jefe le indicaba, luego de reunirse con el Director Ciro Hernández, que los miércoles se confirmaban los invitados, que el jueves

empezaban las entrevistas y los viernes se escribían los libretos, que el jefe le decía que número buscar y que siempre debía contar con la aprobación del Director.

Nada de lo que dijo la demandante da indicios de autonomía, sin que sobre recordar que a ella le bastaba probar la prestación de servicios, lo que quedó plenamente establecido, incluso porque así lo aceptó la demandada y ninguna confesión de lo contrario encontró a Sala en la revisión del interrogatorio de parte de la actora; por el contrario en este se detalla con suficiencia las funciones y la constante dirección por parte del encargado, señor Ciro Hernández, quien definía las entrevistas, lo que se podía o no hablar, todo ello además presentado a un consejo de redacción al que asistía dos veces a la semana.

Ahora bien, la recurrente asegura que no se valoraron en debida forma las declaraciones de Tania Cuervo, Ciro Hernández, Jeison Martínez, con las que insiste se desvirtuó la presunción.

Revisadas por la Sala y muy por el contrario a lo sostenido en el recurso, estas declaraciones en nada contribuyen a desvirtuar la presunción, se itera la demandante, no debía probar más que la prestación de servicios, nunca la subordinación como en ocasiones se afirma en el recurso.

Tania Alejandra Cuervo García, afirmó desde el comienzo de su declaración, que la demandante y ella fueron compañeras de trabajo y que la demandante era la productora de invitados y ella su asistente. Luego dijo fue ascendida y detalla las funciones de la actora, como por ejemplo conseguir los invitados, para luego confirmarlos dependiendo de lo que el director quisiera. Coincidió con la demandante en cuanto a las reuniones con el director y a los días en que se desarrollaban los libretos, esto es los jueves; afirmó que ella también se vinculó por prestación de servicios y que no era cierto que pudieran manejar su tiempo, les imponían horario y la aprobación de los libretos siempre dependía del director, nunca había horario de salida dijo y cualquier cosa que saliera mal tenían llamado de atención, e incluso les decían como tenían que vestirse. Nada de lo dicho por ella ayuda a destruir la presunción.

Ciro Alfonso Hernández Monitta, afirmó también desde el comienzo de su declaración que la demandante tenía varias funciones como auxiliar y asistente del programa Bravisimo, que tenía que conseguir los invitados, escribir los libretos, hacer preentrevistas, aunque dijo que eso se podía hacer desde casa, normalmente aseguró la actora iba al canal todo el tiempo. Dijo también que la demandante le rendía cuentas a él y que generalmente tenían reuniones para cuadrar todo y por tanto en ese orden si debía cumplir horario. Coincidió con la demandante en lo que

hacían cada día, por ejemplo, miércoles consejo de redacción, jueves escribir libretos, viernes otro consejo a las 7am, los fines de semana preentrevistas, conseguir transporte para invitados y otras. Dijo haber hecho llamados de atención verbales y agregó que la actora tenía puesto de trabajo, computador, celular y que es cierto que le solicitó cuidar su imagen dentro del programa. Nada tampoco de lo allí afirmado desvirtúa la presunción, por el contrario, aunque se intentó decir que el trabajo podía ser en casa, lo que desde luego tampoco desdibuja el contrato de trabajo; se tuvo que aceptar que nunca sucedió.

Finalmente, el testigo Jeison Alexander Martínez Cárdenas quien era el productor general del programa señaló coincidiendo con los demás que era la actora quien conseguía los invitados, hacía libretos, agregó que la veía todos los días, que descansaba los lunes, que era el día de receso para todos y aunque intentó decir que la remuneración era por capítulo, no sustentó lo dicho para finalmente decir que los honorarios se pagaban mes a mes y presentada la cuenta de cobro, lo que no desvirtúa que ese pago tenga la naturaleza de salario.

En ese orden es claro que contrario a lo señalado por la demanda en sus alegaciones, los denominados contratos de prestación de servicios, nunca se desarrollaron como tal y que lo sucedido en los hechos, tal y como juiciosamente del análisis de las pruebas concluyó el Juez, fue un verdadero contrato de trabajo.

ii) De los contratos y revisión de la liquidación

Asegura la recurrente que no es cierto que el contrato hubiese iniciado en 2016, que solo existieron cuatro contratos y que se interrumpían por lo que eso demuestra que no se hacían pagos sino por capítulos.

No obstante, olvida la recurrente que el extremo inicial del primer contrato fue determinado por el Juez de acuerdo con prueba documental, esto es los depósitos que la demandada hiciera en la cuenta de ahorros de la actora, para los meses de octubre noviembre y diciembre de ese año, unido ello a lo que manifestó el director del programa Ciro Hernández, quien dijo que la demandante ingresó laborar en ese año 2016, luego limitarse a decir que ese es el extremo, sin tan siquiera decir cual fue el error en la prueba analizada, no es argumento suficiente para quebrar la sentencia en este aspecto.

De otra parte, el que se pagara por capítulo no desvirtúa la remuneración y el salario que el Juez promedió dada la documental aportada y con la que se puede promediar lo percibido por la demandante al mes, lo cual extrajo de la relación de pagos que

la misma demandada denominó compensación de pagos; así como de los extractos bancarios, que dan fe de los abonos a la cuenta de la demandante.

Finalmente, la Sala efectuó las liquidaciones teniendo en cuenta el tiempo y el salario promedio, que se itera, fue correctamente determinado; encontrado como resultado final las siguientes cifras: contrato 1: \$813.1430, contrato 2: \$ 2.539.685, contrato 3 \$2.586.895, contrato 4 \$7.202.408, contrato 5 \$ 1.178.369; todas estas superiores a las que condenó el Juez, sin que pueda hacerse más gravosa la situación del único apelante luego se confirmará lo decidido.

iii) De la indemnización moratoria

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues en verdad y contrario a lo indicado por la pasiva también en alegaciones, ninguna razón atendible fue presentada por la demandada para la omisión de derechos derivados del contrato de trabajo, que en verdad sabía que se desarrollaba; y el que pagará los honorarios era elemental, aún a sabiendas de la naturaleza salarial del concepto; sin que tampoco las manifestaciones de agradecimiento en la carta de renuncia de la demandante, demuestren la buena fe de la demandada.

Por lo expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, la cual la Sala encuentra acertada.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 17 2018 0302 01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: MANUEL TINTÍN CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se receptionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor MANUEL TINTÍN CONTRERAS, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se CONDENE a la demandada a reconocer y pagar en su favor incremento pensional del 14% sobre su pensión por cónyuge a cargo, desde la fecha en que fue pensionado y hasta que subsistan las causas que le dieron origen, junto con indexación.

Fundamentó sus pretensiones señalando que la entidad demandada reconoció a su favor pensión de vejez a través de resolución GNR 62053, con fundamento en las previsiones del acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, que en dicho acto administrativo no se le reconoció el incremento pensional petitionado a que se refiere el acuerdo en mención, que contrajo matrimonio el 8 de diciembre de 1980 con la señora María Amanda Cruz, con quien convive desde hace 38 años y quien depende económicamente de él y de su prestación pensional ya que no labora ni recibe pensión, siendo beneficiaria en el sistema de salud por su parte.

Que solicitó ante la demandada el reconocimiento de incremento pensional el 31 de agosto de 2017, quedando agotada la vía administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1 a 4, 8 y 9 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, absolviendo a la misma de las pretensiones elevadas por el demandante y condenándolo en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba debidamente agotado el requisito de reclamación administrativa; que en cuanto a los requisitos para acceder al incremento pensional petitionado, no había sido objeto de reparo que a la parte demandante se le reconoció una pensión de vejez a través de resolución GNR 62053 bajo las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicándose el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 del mismo año a partir del 1 de marzo 2014; en cuanto a lo pretendido, dicho incremento se encontraba previsto en el literal B del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, norma que dispone que se incrementarán en un 14% sobre la pensión mínima legal por el cónyuge compañero o compañera del beneficiario que depende económicamente de él y no disfrute de una pensión, señalándose que tal incremento no hace parte integrante de la pensión y que subsiste mientras que duren las causas que le dan origen.

Indicó que en cuanto a los requisitos para hacerse acreedor a dicho reconocimiento se requería demostrar que en este caso la señora María Amanda dependía económicamente del actor y que la convivencia se ha mantenido; para lo cual se había allegado copia auténtica del registro de matrimonio, certificación emitida por Famisanar EPS, en la que se constata que la señora María Amanda Cruz figura como beneficiaria de su esposo en el sistema de salud documental, de igual manera, se había recibido el testimonio el señor Jairo Cárdenas León; no obstante ello, se evidenciaba una circunstancia que impedía la prosperidad de las pretensiones ya que la demandada había alegado la excepción de prescripción; precisando que dicha figura era una institución jurídica procesal en virtud de la cual se tiene por extinguido un derecho que por no haberse ejercitado de manera oportuna por su titular.

Que tal fenómeno, se encontraba regulado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS que establecen a título de regla general un término trienal para adelantar las acciones correspondientes a los derechos sociales de 3 años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, para lo cual, el simple reclamo escrito elevado por el beneficiario del derecho en este caso debidamente recibido y comunicado a la entidad pagadora interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual la que empieza entonces a contarse de nuevo; ello significa que el legislador previó como mecanismo para interrumpir la prescripción la reclamación administrativa que para el caso del actor, le había sido reconocida pensión de vejez a través de resolución en el 62053 del 26/02/2014 documental cuya notificación tuvo lugar el día 05/03/2014, por lo que a partir de ese momento el demandante tenía 3 años para instaurar la correspondiente reclamación de los incrementos pensionales; sin embargo, la misma tuvo lugar sólo hasta el 31 de agosto de 2017 lo que significaba que para ese momento ya habían transcurrido 3 años 5 meses y 26 días por lo que sin duda la prescripción alcanzó a afectar de manera total el derecho que pretende demandante a través de proceso ordinario, habiendo lugar a absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra conforme lo había señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisando que el incremento previsional por personas a cargo no forma parte integrante de la pensión de vejez y por ende estaba sujeto al término prescriptivo.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Manuel

Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 302 01 Dte: Manuel Tintín Contreras Vs. Colpensiones

Tintín Contreras, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por virtud del cual, los requisitos para la concesión de la prestación lo realizó la demandada, bajo los apremios del Decreto 758 de 1990, como se verifica de acto administrativo GNR 62053 del 26 de febrero de 2014, allegada en expediente digital, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literales a) y b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia a la que hace alusión el recurrente, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido, criterio este que fue el aplicado por el juzgador de primer grado.

No obstante lo anterior, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

De conformidad con lo anterior y acogiendo el criterio antes expuesto, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, conforme criterio jurisprudencial en cita, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Descendiendo al caso objeto de estudio y si bien como indica la decisión de primer grado, se probó el cumplimiento de los requisito previstos en la normatividad bajo estudio, al haberse pensionado el señor Manuel Tintín a partir del 1 de marzo de 2014, se tiene que para dicha data ya no se

encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, razón por la cual no le asiste derecho al reconocimiento deprecado, habiendo lugar a **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de sentencia consultada para en su lugar declarar probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por la demandada.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia consultada para en su lugar declarar probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de consulta

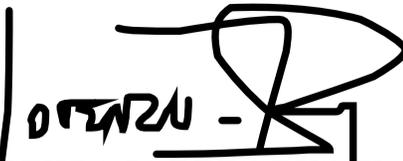
TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto, de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-329-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALINSON ROMERO DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al doctor ELKIN FABIÁN CASTILLO, identificado como aparece al pie de su firma en calidad de apoderado de la demandada en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 9 de julio de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante, quien manifiesta ratificarse en los hechos y pretensiones de demanda.

ANTECEDENTES

La señora ALINSON ROMERO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se modifiquen las resoluciones SUB

129754 del 16 de mayo de 2018 y SUB 185985 del 12 de julio de 2018, en el sentido de que la prestación reconocida a su favor no es de invalidez post mórtem como erradamente se consignó en dichos actos administrativos, sino que se trata de una pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Manuel Hernández, solicita se unifiquen dichas resoluciones ordenándole a la demandada liquidar en debida forma la prestación solicitada, junto con indexación, ya que la mesada pensional a pagar asciende a \$5.371.358 a partir del 9 de diciembre de 2010, respecto de las cuales, solicita se reconozcan intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a través de apoderado inició ante la demandada trámite para reconocimiento pensional de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Manuel Ramón Hernández, que el 8 de febrero de 2011 se realizó comité de vinculación, determinándose que el señor Manuel Hernández se encontraba válidamente afiliado a Colfondos S.A., que dicha AFP le indicó que el reconocimiento pensional de sobreviviente había sido objetado ya que el asegurado no cumplía con los requisitos de causación de la prestación reclamada, por lo que solicitó ante la UGPP expedición de copia de la resolución de reconocimiento y pago de pensión de jubilación del señor Manuel o en su defecto certificación de no pensionado, esta última le fue expedida.

Afirma que el 7 de marzo de 2013 Colfondos S.A., le comunicó que la cuenta de ahorro del señor Manuel había sido trasladada a la Caja de Previsión Social – Cajanal EICE, por lo que ante la UGPP, radicó solicitud de reconocimiento pensional de sobreviviente, a lo que dicha entidad respondió el 10 de octubre de 2013 señalándole que su solicitud debía ser resuelta por el ISS hoy Colpensiones, entidad que mediante resolución SUB 129754 del 2018, le reconoció pensión de invalidez post – mórtem en proporción del 50%, en cuantía de \$459.343 a partir del 274 de julio de 2014, dejando en suspenso el otro 50% hasta tanto se aportara certificado de estudio de su hijo Freddy Hernández, que contra dicho acto administrativo interpuso los recursos de ley a fin de que se levantara el suspenso de la prestación y se corrigiera la denominación de la prestación, recursos que fueron desatados en resolución SUB 185985 del 12 de julio de 2018, la demandada dispuso levantar el suspenso del 50% de la prestación y confirmó en lo demás la resolución recurrida, señalando por último

que la prestación no se liquidó en debida forma, ya que su cuantía debe ser superior a la reconocida por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó oponiéndose se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, 4 y 8 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó no existe responsabilidad de la entidad de pensiones cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 1204 de 2008, cuando existe conflicto entre beneficiarios de pensión – buena fe de la entidad demandada, inexistencia de la obligación en caso de que la demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente demandada y prescripción

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante ALINSON ROMERO DIAZ identificada con C.C. 52.223.492, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 9 de diciembre de 2010, fecha en que falleció su compañero permanente, en cuantía de \$1.602.710,32, conforme se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION sobre las mesadas causadas con anterioridad al 27 de julio de 2014, según se expuso.

TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de julio de 2014, en cuantía de \$1.791.129, 72. En consecuencia, COLPENSIONES deberá pagar la suma de \$ 109.653.223,85, por retroactivo generado entre el 27 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2021, valor que fue obtenido de las diferencias entre la mesada aquí hallada y aquella que venía pagando la entidad de seguridad social, sin perjuicio de aquellas mesadas que se causen con posterioridad, conforme se expuso.

CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES A PAGAR a la señora ALINSON ROMERO DIAZ con cc 52.223.492, el retroactivo pensional generados por las diferencias producto de la reliquidación, debidamente indexado al momento de su pago, según se expuso.

QUINTO: AUTORIZAR A COLPENSIONES a realizar LOS DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SEGUIRDAD SOCIAL EN SALUD del retroactivo pensional generado desde el 27 de julio de 2014.

SEXTO: ABSOLVER A COLPENSIONES de las demás suplicas planteadas en el escrito de demanda.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, se fija la suma equivalente a 2 SMLMV como agencias en derecho (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el litigio había quedado fijado en el sentido de determinar si la demandante tenía derecho al pago de pensión de sobreviviente o sustitución de pensión de vejez y no a la sustitución de pensión de invalidez post mórtem; lo que había lugar a determinar habiendo sido agotado el requisito de reclamación administrativa ante la demandada, para lo cual señaló que no había existido discusión respecto a que el señor Manuel Ramón Hernández falleció el 09/12/2010, que igualmente a través de resolución SUB 129754 de 2018, le reconoció pensión de invalidez post mórtem a partir del 27/07/2004 en cuantía de \$918,685 prestación que fue sustituida a la demandante en un 50% a partir del 09/07/2014 por efectos de la prescripción dejando el porcentaje restante suspenso hasta que el hijo del causante acreditada la calidad de estudiante julio; de igual manera se encontraba que mediante acto administrativo número 185985 del 12/07/2018 Colpensiones incrementó la prestación a favor de la señora Alison Romero Díaz en un porcentaje del 100%, por lo que del material probatorio en mención, no existía discusión frente a la calidad de beneficiaria que ostentaba la demandante respecto de la prestación causada por el señor Miguel, al haber acreditado tal calidad en las diligencias administrativas, requisitos legales que eran iguales para los beneficiarios de un afiliado o de un pensionado, radicando la inconformidad en que se debió otorgar fue la sustitución de la pensión de vejez o en su defecto reconocer la pensión de sobrevivientes luego; para lo cual, se tenía que el afiliado fallecido señor Manuel Ramón Hernández nació el 28/11/1957, laboró al servicio de la Procuraduría General de la nación desde el 01/12/1980 hasta el 09/12/2010, tiempo durante el cual realizó aportes a Cajanal, por lo que para el 01/04/1994 fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993 contaba con 36 años en tanto acreditado y un tiempo de servicios total de 13 años y 4 meses, no siendo entonces beneficiario del régimen de transición ni por edad ni por tiempo de servicio, razón por la cual el derecho pensional por vejez del mencionado afiliado se debía sujetar a lo previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, es decir que previo a su fallecimiento que ocurrió el 09/12/2010 la edad de 60 años y un total de 1175 semanas y sin embargo pese a que este último requisito se probó en la medida que cotizó a Cajanal por espacio de 30 años y 9 días, no ocurrió lo propio respecto de la edad, ya que a la fecha de su fallecimiento, tan sólo contaba con 53 años por lo que no había dejado causado el derecho a la pensión al vejez y por ende sus beneficiarios no tenían derecho a la sustitución de esta prestación.

Señaló respecto de la pensión de sobreviviente que conforme la fecha de fallecimiento del señor Manuel, año 2000, la norma para definir el derecho a dicha prestación era el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento presupuesto este que a todas luces se había demostrado como se verificaba de certificado de información laboral, ya que trabajó para la Procuraduría se reitera desde el 01/12/1980 hasta el 09/12/2010 tiempo durante el cual se efectuaron aportes a Cajanal, entendiéndose que los beneficiarios del causante, esto es la demandante, ya que no se había presentado controversia dentro de este proceso frente a tal calidad y había sido reconocida administrativamente por la demandada tenía derecho a la mencionada acreencia, habiendo lugar a realizar las operaciones aritméticas a efectos de determinar la cuantía de dicha prestación de conformidad con el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con los aportes o salarios reportados al sistema durante los últimos 10 años se halló un valor igual a \$2.136.947,10; valor al que al aplicarle una tasa de plazo del 75%, se obtenía una mesada pensional por valor de \$1.602,710,32 a partir de la fecha del deceso del afiliado, habiendo lugar a reconocer la prestación que invocaba la demandante al resultarle más favorable.

Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción que se declararía probada respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 27/07/2014 en la medida que la reclamación fue presentada el 27/07/2017, siendo atendida por Colpensiones a través de la resolución SUB 129754 acto administrativo que fue objeto de los recursos de reposición y apelación el último de los cuales fue resuelto mediante resolución DIR 15271 del 21/08/2018 mientras que la demanda fue radicada el 06/05/2019, lo que indicaba que la reclamación administrativa interrumpió este fenómeno jurídico, por lo que la demandada debía pagar la suma de \$109.653.223, la que debía ser indexada al momento de su pago en la medida que en tratándose de reliquidaciones pensionales no había lugar al pago de los intereses moratorios conforme lo prevé el artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya que los mismos operaban ante la tardanza en el pago de la prestación y la demandada venía reconociendo la pensión según normatividad que consideró aplicable a la demandante; habiéndose hallado tal retroactivo de las diferencias pensionales causadas entre el 27/07/2014 y el 30/06/2021 sin perjuicio de aquellas que se causen con posterioridad es decir que para el año 2014 con los respectivos reajustes anuales, la mesada pensional ascendía a la

suma de \$1.791.129,72, mientras que la reconocida por Colpensiones para dicha anualidad, había sido de \$754.079 tal como se evidenciaba de actos administrativos mencionados y certificado de pensión expedido por la demandada en el que se verificaba que a la demandante para el año para el 2018 le fue pagado un retroactivo de \$22,011,245 lo que daba a entender que desde el 2014 se le viene reconociendo a la demandante una mesa equivalente a 754.079, por lo tanto la suma mencionada como retroactivo, fue hallado de las diferencias entre la mesada hallada y la mesada reconocida por Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión indicó la entidad demandada que en resolución SUB 129754 de 2018, esa entidad había reconocido pensión de invalidez post – mórtem con ocasión del fallecimiento del señor Manuel Hernández, por valor de \$918.685 pesos y se reconoció pago de sustitución pensional a partir del 9 de julio de 2014 y de igual manera en resolución SUB 35985 de 2015, que desató recurso de apelación contra el primer acto administrativo en mención y verificada la información, se encontró que el causante pertenecía al RAIS administrado por Colfondos y una vez establecido que se encontraba afiliado al RPM y ante la solicitud de reconocimiento pensional elevada por la demandante, emitió la resolución SUB 129754 de 2018, reconociendo pensión de invalidez a partir del 27 de julio de 2014 y su respectiva sustitución; de tal manera se había realizado la liquidación de la prestación reconocida, aplicando el 75% del IBL del causante conformado por el promedio de lo cotizado por el señor Manuel entre el 3 de febrero del 2000 y 2 de febrero de 2010, para lo cual se tuvo en cuenta los formatos de tiempos públicos no cotizados a Colpensiones y la prestación se reliquidó a partir del 21 de julio de 2017, atendiendo al fenómeno prescriptivo y la demandante en efecto había acreditado la condición de beneficiaria de la prestación, la que posteriormente fue reconocida a su favor en un 100%.

Indicó que era evidente que a la demandante no le asistía derecho al reconocimiento pensional de sobreviviente, ya que como se había señalado en resolución SUB136935 de 2018, se debía sustituir la prestación causada que era la de invalidez.

Afirmó en cuanto a la condena en costas que el artículo 48 de la CP señalaba que no se podría destinar los recursos de esa entidad para fines diferentes al allí consagrado, por lo que no había lugar a condenarla por tal concepto.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandada se determinará si hay lugar a condenarla al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente deprecado favor de la reclamante.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Manuel Ramón Hernández Cuervo, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 9 de diciembre de 2010, como tampoco se discutió la calidad de beneficiaria de la demandante de la prestación pensional que hubiere dejado causada el señor Manuel en vida, aspecto sobre el cual, se fijó el litigio, como quiera que dicha calidad como bien lo indicó la juzgadora de instancia, fue reconocida en sede administrativa por la demandada.

A su turno, tampoco se discutió que Colpensiones mediante acto administrativo SUB 129754 del 16 de mayo de 2018, reconoció a favor de la aquí demandante sustitución pensional de invalidez post – mórtem en un 50%, dejando en suspenso el restante porcentaje a efectos de que el hijo del causante, acreditara su condición de estudiante, dicha prestación fue reconocida a partir del 27 de julio de 2014, que posteriormente, al desatar recurso de reposición contra el acto administrativo en mención, en resolución SUB 185985, varió la fecha de reconocimiento pensional al 21 de julio de 2014, y reconoció la prestación a favor de la actora en un 100%, sin variar la cuantía de la misma que correspondió a \$918.685, señalando igualmente que el señor Manuel Hernández se encontraba válidamente afiliado al RPM.

Determinado lo anterior se tiene que la parte demandante peticiona se sustituya la prestación por sobreviviente, más no la de invalidez post -mórtem como lo hiciera la demandada en acto administrativo primigenio en mención; sobre el particular habrá lugar a determinar si en efecto la prestación reclamada le resulta más favorable a la concedida por la demandada.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como al no existir controversia sobre la calidad de beneficiaria de la aquí demandante respecto del causante, se tiene que la prestación reclamada le es sustituible siempre y cuando el señor Manuel a la fecha de su deceso y quien se encontraba laborando para la Procuraduría General de la Nación, cotizando para los riesgos de IVM a favor de Cajanal desde el 1 de diciembre de 1980, como se observa de certificado laboral visible a folio 69 del expediente digital, hubiere cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, en los términos del numeral 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, requisito este que se acredita con creces con fundamento en la documental en mención que da cuenta que en los extremos temporales señalados, el señor Manuel cotizó de manera

ininterrumpida como señaló a favor de Cajanal hasta la fecha de su fallecimiento.

Ahora en cuanto a la forma de liquidar dicha prestación se tiene que el IBL del señor Manuel, calculado conforme las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el inciso segundo del artículo 48 de la misma normatividad, arroja como primera mesada pensional la suma actualizada al año 2014 de \$1.605.612, atendiendo al fenómeno prescriptivo que se estudiará más adelante, la que resulta ligeramente superior a la señalada en la instancia, conforme liquidación elaborada por el grupo liquidador de esta Corporación; razón por la cual y al no haber sido dicho punto objeto de reparo por la parte demandante, se mantendrá incólume; evidenciándose que revisada la liquidación que detalla el juzgador de primer grado en acta de audiencia de juzgamiento, se realizaron en debida forma los descuentos respecto de las mesadas pensionales que venía disfrutando la demandante al serle sustituida la prestación por invalidez post – mórtem, cuya cuantía se detalló en actos administrativos de reconocimiento pensional a que se aludió al inicio de este pronunciamiento, de lo que se concluye que el retroactivo pensional señalado en la instancia, se encuentra calculado en debida forma.

Conforme lo anterior, es claro que a la demandante le resulta más favorable el reconocimiento pensional de sobreviviente y no el de invalidez como lo hiciera la demandada y nada impide contrario a lo señalado por la recurrente también en sus alegaciones efectuar reconocimiento pensional a su favor en los términos antes señalados.

En cuanto a la condena en costas, se tiene que dicha decisión no será objeto de modificación por cuanto la demandada resultó vencida en el trámite procesal en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Prescripción

Resulta claro que atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Manuel, 9 de diciembre de 2010 y la reclamación administrativa elevada por la aquí demandante ante la demandada para el reconocimiento pensional deprecado, data del 21 de julio de 2017, como se observa de expediente administrativo aportado en plenario digital, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 21 de julio de 2014; no obstante ello,

al no haber sido este punto objeto de reparo por la parte demandante, se mantendrá incólume la decisión de primer grado en cuanto declaró dicha prescripción con anterioridad al 27 de julio de 2014, atendiendo al grado de consulta en que se estudia la decisión en favor de la demandada.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 25-2015-770-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAMES ALEJANDRO CEPEDA

DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM CTA
EN LIQUIDACIÓN Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 16 de junio de 2021 proferido por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JAMES ALEJANDRO CEPEDA por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre él y la demandada Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum CTA existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 9 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2014, declarando que entre la CTA en mención y Virrey Solis IPS S.A., existe

solidaridad como empleadores, que dicho contrato terminó el 28 de febrero de 2014 de manera unilateral y sin justa causa, solicita igualmente se declare que las demandadas desmejoraron su situación salarial a partir del 1 de enero de 2011, al aumentar la cantidad de horas mensuales a 240, que omitieron reconocer y pagar trabajo suplementario a partir de dicha data, que dejaron de pagar a su favor auxilio de cesantías e intereses sobre las mismas durante la relación laboral, así como prestaciones sociales sobre el salario realmente percibió y omitieron efectuar aportes al sistema de seguridad social integral y no reconocieron en su favor liquidación final de prestaciones sociales.

Como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a ambas demandadas a efectuar reliquidación de prestaciones sociales con base en el salario realmente percibido y trabajo suplementario, pagando a su favor las diferencias resultantes de dicha reliquidación, se les condene al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, así como la prevista en el artículo 65 del mismo estatuto, cesantías dejadas de percibir e indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. (fl. Fls. 2 a 4)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que entre él y la demandada Talentum CTA se suscribió un “compromiso contractual asociativo” el 9 de diciembre de 2009 para iniciar labores en dicha data y cuya finalización se pactó el 28 de febrero de 2014, que dicho contrato fue suscrito como trabajador asociado para prestar sus servicios a la demandada Virrey Solis IPS, desempeñándose como médico de urgencias, en un horario de lunes a sábado de 1:00 p.m. a 9:00 p.m., que ascendían a 192 horas mensuales, afirma que su labor la desempeñaba en las instalaciones de Virrey Solis IPS y como remuneración a ella, recibía lo que se denominó “compensaciones por aporte de trabajo personal”, las que se regularon inicialmente en el anexo 1 al contrato celebrado.

Afirma que el 1 de febrero de 2010, suscribió otrosí denominado “compromiso contractual asociativo”, mediante el cual se variaron los montos de la denominada “compensación ordinaria y extraordinaria”, que el 11 de agosto de 2010, se suscribió un nuevo otrosí mediante el cual la demandada Talentum CTA, se obligó a cubrir el 100% el valor de la asistencia del demandante al diplomado denominado “conocimiento total”,

y en la misma data se suscribió otro otrosí variando el lugar de trabajo y el horario, señalando que pasaría de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., en la sede de Virrey Solis Ips Américas, y uno adicional del 1 de enero de 2011, en el que se varió la intensidad horaria mensual a 240 horas, pasando a laborar a partir de dicha data, 12 horas adicionales a la jornada máxima permitida, sin que le fueran pagadas dichas horas extras, que dicho aumento implicó una disminución en su salario.

Refiere que mediante otrosí suscrito el 1 de febrero de 2012, se le impuso cumplir las funciones de médico de urgencias en la UEN Virrey Solis, que el 20 de febrero de 2014, Talentum CTA, le entregó un documento titulado “terminación por mutuo consentimiento con efectos transaccionales del compromiso contractual asociativo suscrito entre la CTA Talentum y James Ballesteros”, que con tal documento se pretendió encubrir sin justa causa el contrato celebrado bajo la figura de terminación con justa causa, que por ello no lo suscribió y el 28 de febrero de dicha anualidad la demandada Talentum procedió a liquidarlo, sin que se le pagaran las prestaciones sociales a que tenía derecho sobre el salario realmente devengado, como tampoco las indemnizaciones, aportes a seguridad social que durante la vigencia de la relación laboral se pagaron sobre una base salarial inferior a la realmente devengada y prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida a favor de Virrey Solis IPS. (fls. 4 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum CTA, se opuso a las pretensiones, aceptó parcialmente los hechos contenidos en numerales 1, 6 a 9, 12, 17, aceptó parcialmente los No. 20, 22 y 23 y negó los demás. Propuso las excepciones de aplicación del régimen de cooperativismo, inexistencia de relación laboral entre CTA Talentum e imposibilidad legal de declarar un contrato de trabajo, buena fe, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, pago. (fl. 152)

Por su parte, la IPS Virrey Solis, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó el hecho contenido en numeral 29, negó los No. 3, 5, 10, 13 y 19 y 28. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de relación

laboral entre James Cepeda y Virrey Solis IPS, ausencia de buena fe del demandante, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva incongruencia entre las pretensiones y los hechos de la demanda y compensación. (fl. 469).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 16 de junio de 2018, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones aplicación del régimen de cooperativismo, inexistencia de relación laboral y cobro de lo no debido, inexistencia del vínculo laboral propuesta por Virrey Solis IPS, no condenó en costas de la instancia. (fl.474).

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

El artículo 23 del CST indica cuáles son los 3 elementos esenciales para predicar válidamente la existencia de un contrato de trabajo que no son otros que la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación y el salario como retribución del servicio, y que una vez reunido esos tres elementos pues se puede predicar válidamente la existencia de una relación laboral, por otro lado y en igual sentido y reafirmando lo anterior el artículo 24 de la misma norma contempla una presunción legal consistente en tener acreditado el elemento de subordinación solamente con la demostración de la prestación personal del servicio por parte del trabajador elemento que corresponde por supuesto desvirtuar al empleador por tratarse de una presunción, recordemos lo que dice el artículo 24: se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo sobre esta presunción indicada el máximo órgano de la jurisdicción laboral de manera pacífica y reiterada ha precisado que el trabajador le basta acreditar la prestación personal de servicio a fin de presumir la existencia del contrato de trabajo en tanto al empleador se le traslada la carga y la prueba de desvirtuar dicha subordinación o dependencia así lo recordó la Honorable Corte Suprema de Justicia sentencia SL-1683 de 2021 radicado 84720 del 3 de mayo de este año 2021.

Conforme a lo reseñado la parte actora debe de demostrar la prestación personal del servicio a fin de activar la presunción legal con lo cual las accionadas asumen la obligación de desvirtuar que ella tuvo su fundamento en un contrato de trabajo dado que el presente caso en estas últimas aduce que lo que existió como vínculo contractual fue una relación asociativa para prestación de servicios mediante un compromiso contractual y no un contrato laboral como lo pretende se declare; al respecto rememoremos que el artículo 167 del CGP y tratándose de la carga de la prueba establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, se tiene entonces que la finalidad última de la actividad probatoria es precisamente lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos por lo que el nivel de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable por ende se parte de las pruebas que militan en el expediente. Así las cosas estudian en conjunto las pruebas que fueron recaudadas a lo largo del proceso tanto documentales, interrogatorios de parte y testimoniales, tenemos que a favor de la parte demandante están las que reposan a folios 15 a 123 que fueron relacionadas a folios 112 y 113 del expediente a favor de las partes demandadas de la cooperativa de trabajo asociado Talemum CTA en liquidación, las que obran a folios 172 a 450 que fueron relacionadas a

folios 169 y 170 de la contestación de la demanda, Por otro lado el Virrey Solís IPS S.A las visibles a folios 501 a 535 relacionadas a folios 498 de la contestación de la demanda pruebas anteriormente indicadas que el despacho no mencionara en este instante, pero irá haciendo alusión de ser el caso a las mismas en el desarrollo de la presente decisión, sobre el interrogatorio de parte inicialmente recordemos que la audiencia del 9 de octubre de 2019 como consta a folios 552 y 553 fue llamado al estrado el representante legal de la demandada entidad y Virrey Solís S.A el señor Henry Alberto Riveros Quevedo, quien manifestó de en resumen lo siguiente “señala el interrogado que en su representada lleva 37 años prestando servicios médicos tanto en la ciudad de Bogotá como fuera de ella con diferentes EPS como Salud Total, Coomeva entre otras de servicios ambulatorios de primer nivel dijo no costarle si el demandante prestó sus servicios personales como médico en las instalaciones de la IPS Virrey Solís, aclara que para la fecha mencionada en la demanda ellos virrey Solís IPS S.A Y la CTA Talentum tenían una aceptación de oferta Mercantil donde Talentum prestaban los servicios de desarrollar los procesos asistenciales de cada usuario por lo tanto que los asociados a esta última hacían sus aportes a la Cooperativa con su trabajo y la oferta suscrita entre Talentum y Virrey Solís Ips, frente a los insumos proporcionados a los trabajadores o colaboradores afirmó que teniendo en cuenta la oferta Mercantil y vínculo contractual que existió entre ellos Virrey Solís IPS y la CTA Talentum existió contrato de comodato a título gratuito donde su representada dio la facultad a Talentum CTA para usar los bienes y activos de aquella, para ejecutar el objeto social de la cooperativa básicamente desarrollar los procesos asistenciales, se le puso de presente el Folio 58 del expediente sobre el cual se le preguntó ¿diga cómo es cierto sí o no que el demandante se le había asignado un correo institucional Jamescb@virreysolisips.com? a lo cual contestó que no era cierto dado que los elementos de trabajo eran puestos a disposición de la cooperativa por el contrato de comodato ya referido por tanto que los servidores y el dominio de esos correos eran para el desarrollo de sus procesos y para la comunicación de los asociados como parte del sistema de información de talentum CTA como lo comentó el declarante que no era cierto que el demandante solicitara directamente a gestión humana Virrey Solís IPS S.A gestiones del tiempo de servicios como quiera que mediante auto gestión y autogobierno de está CTA, dicha solicitud era entre otros asociados de esta última como los que prestaban servicios en el área de gestión humana toda vez que los departamentos y conforme a la organización del trabajo de la cooperativa eran administrativos y asistenciales de libre gestión y planeación de servicios a otro asociado de la misma CTA, en cuanto a la pregunta cómo se diferencian los funcionarios o personal directo de Virrey Solís con los de la CTA talentum, contestó que solo había una cooperativa y era la encargada de los procesos asistenciales de cara al usuario tales como la señorita de atención al usuario, el médico, el enfermero o la auxiliar, todos ellos estaban asignados por talentum CTA y por ende a cargo de la cooperativa que si bien es cierto su representada tenía empleados directos ellos solo estaban en el área administrativa contable y financiera con la EPS, que no tenían responsabilidad frente al usuario. Finalmente y en cuanto a la pregunta de insumos como Batas y carnet con el logo de virrey Solís IPS contestó que dentro de la contratación con Talentum se le autorizaba a utilizar cierta imagen corporativa y aún más para la identificación frente al usuario que también se tenía el logo de talentum, por consiguiente también se recuerda que para ese mismo día en la audiencia mencionada fue citado representante legal de la pasiva Talentum CTA en liquidación para rendir su declaración de parte como era su obligación de asistir y lo hizo por ello el despacho declaró precluida la oportunidad para la práctica de esta prueba con las consecuencias y presunciones legales conforme a los artículos 203, 204 y siguientes del CGP aplicables por analogía del artículo 145 del CPTSS a los procesos laborales presunciones estas que no son otras que tener como ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda.

No obstante aclaró que en todo caso de existir pruebas que desmientan tales presunciones el despacho atenderá las mismas para los efectos pertinentes y conducentes, posteriormente en audiencia del 11 de marzo del 2020 como consta a folios 554 y 555 fueron convocadas las partes para continuar con la práctica de pruebas esto es el interrogatorio de parte del demandante solicitado por ambas demandadas Talentum CTA en liquidación y Virrey Solís S.A pero por la inasistencia de los apoderados de estas pasivas a esa diligencia quienes debían formular las preguntas respectivas fue por lo que se declaró precluida la oportunidad para la recepción de esta prueba. Asimismo fueron citadas a la audiencia ya indicada las siguientes personas;

Ramón Rodolfo Bueno Vuelvas, Fernando Augusto Mondragón Herrera y Osvaldo Aguilera Quiroga como pruebas a favor del demandante, pero las mismas fueron desistidas por las razones expuestas por la prueba judicial de aquel por lo que el despacho aceptó tal desestimación por encontrarse ajustado derecho, también estaban citados como pruebas de a favor de la demandada Talentum CTA en liquidación, los ciudadanos Aida Rueda Ariza y Luis Fernando Segura Correa quienes brillaron por su ausencia; en ese sentido se perdió la oportunidad para la recepción de estas declaraciones a favor de esa accionada, indicado lo anterior con todo el acervo probatorio debidamente recaudado en el desarrollo del proceso se plantea problemas jurídicos centrar a resolver si se debe declarar o no la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido cómo se solicita esto es desde el 9 de diciembre de 2009 hasta el 28 de febrero de 2014 entre Alejandro Cepeda Ballesteros y Talentum CTA en liquidación y en caso de afirmativo si procede o no declarar que dicha relación laboral terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del demandado junto con las pretensiones adicionales del prurito mandatorio, para esclarecer el interrogante ya propuesto por el juzgado nos remitimos inicialmente a los hechos de la demanda y la contestación de los mismos por parte de la CTA en liquidación Talentum y encontramos los siguiente; al hecho 1 Folio 4 aceptado por la demandada cooperativa de trabajo social ya mencionada cómo se corrobora a Folio 152 donde las partes coinciden y aceptan que entre la demandante y la cooperativa de trabajo asociado se suscribió un compromiso contractual asociativo el día 9 de diciembre de 2009 con iniciación de labores de igual fecha de finalización el día febrero de 2014 incluso, tenemos el hecho 6 folio 4 por el cual aceptan las partes que la remuneración percibida por el demandante se denominó compensaciones por aporte de trabajo personal así se confirma el mismo hecho en la contestación de la demanda por talentum CTA, a folio 153 donde esta última aclara en ese sentido que al momento de la suscripción del compromiso contractual asociativo con el demandante se comprometió a acatar los regímenes de compensaciones y de trabajo de la cooperativa tal como lo establece el artículo 59 de la ley 79 de 1988 según hecho 7 Folio 4 el demandante narra que las denominadas compensaciones como parte del trabajo personal se regularon inicialmente en los términos del anexo número 1 del contrato celebrado en la siguiente manera; a) compensación ordinaria B) compensación extraordinaria c) compensación por vacaciones h) auxilio semestral e) auxilio de desempleo f) auxilio de vejez. g) auxilio de alimentos d) auxilio de vivienda, hecho éste que es confirmado también por la demandada a folios 153 y 154 del expediente por los valores allí descritos haciendo las aclaraciones al lugar en igual sentido los hechos 8, 9 y 11 a folio 5 junto al hecho 17 a folio 6 fueron aceptados también por la demandada Talentum CTA cómo se evidencia a Folio 154 y 155 del expediente por los cuales se dice sobre la suscripción de otrosíes como lo fue 1. El primero de febrero de 2010 denominado compromiso contractual asociativo en el que se variaron los montos de las denominadas compensaciones ordinarias extraordinarias y los denominados auxilios de alimentos y vivienda. 2. El 11 de agosto del 2010 denominado compromiso contractual asociativo en el cual Talentum cooperativas de trabajo asociado se obligó a cubrir el 100% del valor de la asistencia del demandante al diplomado denominado conocimiento total. 3. El día primero de enero de 2011 denominado compromiso contractual asociativo en el cual se varió la intensidad horaria de la prestación del servicio a 240 horas mensuales y 4. El suscrito del 1 de febrero de 2013 denominado compromiso contractual asociativo en el que se variaron los montos de las denominadas compensaciones ordinarias y extraordinarias y los denominados auxilios de alimentos y vivienda allí descritos aunado a lo anterior como se evidencia a folio 6 , hecho 20 el cual fue aceptado parcialmente por la pasiva Talentum CTA a folio 156 por medio del cual se narra que el día 20 de febrero de 2014 la demandada Talentum CTA entregó al demandante un documento titulado “terminación por mutuo consentimiento con efectos transaccionales del compromiso contractual asociativo suscrito entre la CTA Talentum y Cepeda Ballesteros James Alejandro” a lo cual la demandada respondió lo siguiente y se cita. “ El demandante en efecto no suscribió el mismo pero tampoco realizó manifestación alguna ni tampoco regresó al puesto de trabajo entendiéndose entonces que fue él quien rechazó la terminación de mutuo acuerdo y procedió a la terminación tácita unilateralmente del convenio de asociación sin perjuicio de lo anterior el compromiso contractual de trabajo asociado se liquidó conforme a los estatutos y al régimen de trabajo de la cooperativa” y hasta aquí las citas.

Visto lo anterior y toda vez que la demandada CTA Talentum negó rotundamente una relación laboral como lo aduce el demandante pues afirma esa pasiva que la pretensión propuesta por el actor en ese sentido contradice abiertamente lo estipulado en el artículo 59 de la ley 79 de 1988 y el artículo 15 del decreto 4588 de 2006 que prohíbe la vinculación de personas naturales no asociadas a la CTA por ello y dado que afirma la demandada que el demandante fue asociado de la cooperativa durante el interregno 9 de diciembre del 2009 al 28 de febrero 2014 y nunca existió un contrato de trabajo puesto que el mismo actor suscribió de manera libre y voluntaria un compromiso contractual asociativo mediante el cual aportó su fuerza de trabajo de conformidad con la necesidad de la cooperativa especialmente aquella relacionada con el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con terceros en la administración de los procesos y sus procesos asistenciales contratados en el marco de la autogestión, autonomía, autodeterminación y autorregulación siempre atendiendo a las necesidades y finalidades últimas de la cooperativa conforme a las normas que regulan la materia regida por las disposiciones de las compensaciones contenidas tanto legislación cooperativa como en el régimen de compensaciones y el compromiso contractual asociativo lo anterior lo extrae el juzgado de la pretensión primera de la contestación de la demanda vista folios 157 y 158 para tales consideraciones llaman la atención del juzgado los hechos ya mencionados y aceptados por esta parte disposiciones legales y jurisprudenciales que han desarrollado la ideología cooperativista donde existe la doble connotación de sus miembros como asociados trabajadores es decir que existe identidad entre asociado y trabajador y ello siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte y de trabajadores por la otra como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente esa es la razón para que a los socios trabajadores de planes cooperativos no se les apliquen las normas del código sustantivo del trabajo Estatuto que regula solamente el trabajo dependiente esto es el que se presta bajo la continuada subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario así como se fijó desde ese entonces como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rige el contrato de trabajo tal y como lo esclareció la Honorable Corte Constitucional en sentencia C 211 del 2000 del 1 de marzo de 2000, todo ello para establecer la verdad real de los hechos acontecidos entre las partes y con ello determinar si en el caso que nos ocupa hubo una relación laboral o no como se depreca o si por el contrario fue un vínculo contractual asociativo como lo afirma la demandada y en ese evento no sería dable de crear un vínculo más solicitado por el actor.

Inicialmente recordemos que las figuras de las CTA encuentran su relación en la ley 79 de 1988 específicamente el artículo 70 señala que las CTA son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. En cuanto a las controversias que se originen entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral o en su caso el trámite arbitral siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa tal como lo indica el artículo 59 “En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa el régimen de trabajo de previsión, Seguridad Social y compensación será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y por consiguiente no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan se someterán al procedimiento arbitral previsto en el título 33 del CPC o a la justicia laboral ordinaria en ambos casos se deberán tener en cuenta las normas estatutarias como fuente de derecho”, no pudiendo dejar pasar por alto el juzgado la provisión consagrada en el artículo 7 de la ley 1233 de 2008 el cual dice lo siguiente “Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión en ningún caso el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa en especial en la selección del trabajador asociados” En ese mismo horizonte en el mismo sentido en el artículo 63 ley 1429 de 2010 el cual dice lo siguiente se cita artículo 63 “contratación de personal a través de cooperativas de trabajo social reglamentado por el decreto nacional 2025 de 2011 el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no

podrá estar vinculado a través de cooperativas de servicios de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”, bajo estas consideraciones fácticas jurídicas y jurisprudenciales que es pertinente estudiar en detalle las pruebas recaudadas en el desarrollo del proceso siendo la misma básicamente documentales y el interrogatorio de parte del representante legal de la pasiva Ips Virrey Solís encontrando el despacho lo siguiente; a folio 185 se tiene copia de la misiva de ingreso a la organización cooperativa Talentum suscrito por el demandante con fecha 9 diciembre 2009 donde solicita concretamente su deseo de ingresar a la organización cooperativa manifestando así su voluntad de asociación y acatar los estatutos y regímenes de esa institución para prestar su aporte de trabajo personal igualmente declarando aceptar las condiciones establecidas en el convenio de asociación, además autoriza en esa misiva al señor tesorero en caso si fuera admitido para deducir los valores estipulados en el régimen de compensaciones como aportes sociales para los fines determinados en el mismo, a su vez con la misma fecha en que fue elevada a la solicitud indicada con antelación se observa a folio 184 vuelto y 192 copia de misión emitida por la pasiva Talentum CTA hoy en liquidación por la cual aceptan y admiten al actor a dicha cooperativa de trabajo asociado señalando que de conformidad al capítulo 4 artículo 2 y 13 de los estatutos vigentes de la CTA Talentum los mismos se encontraban disponibles para consulta en la página web de esa organización para su respectiva información y fines pertinentes por consiguiente a folios 1518 ,181 182, vuelto obran copias simples del compromiso contractual asociativo suscrito entre las partes CTA Talentum con fecha 9 de diciembre de 2009 y cuyo objeto sea establecido así se cita “ objeto; el trabajador asociado prestara los servicios personales para desarrollar sus labores u oficios bajo el cargo de médico urgencias a partir del 9 de diciembre de 2009 con una intensidad horaria de lunes a sábado de 1PM a 9 Pm labor que se desarrollará para la cooperativa de trabajo asociado Talentum no obstante lo anterior el servicio será prestado conforme a la necesidad de la cooperativa” a folios 19, 20,183 a 184 vuelto se aporta copia simple del anexo número 1 al compromiso contractual asociativo de fecha 9 de diciembre 2009 en el cual se pactó a numerar primero lo siguiente” primero: El asociado percibirá mensualmente por sus servicios prestados a la cooperativa por concepto de compensación ordinaria la suma de \$496.900 pesos”, entre otros conceptos denominados desde ese entonces compensaciones allí descritas en adelante figuran sendas copias de otros sies a los compromisos asociativos de diferentes fechas así; folios 21-21 vuelto 179 vuelto y 180, tenemos otrosí el compromiso subjetivo de fecha 1 de febrero de 2010, a folio 22 y 22 vuelto y 178 vuelto y 179 otro si el 11 de agosto de 2010, a folio 23 y 178 si del 26 de agosto de 2010 a folio 24 , 180 vuelto otrosí del 3 de noviembre de 2010, a folios 25,26 y 176 vuelto y 177 vuelto, otrosí del 1 de enero de 2011, a folio 27, 27 vuelto y 174 vuelto y 176 otrosí de compromisos a sus activos de fecha 1 de febrero de 2013 en los cuales se variaron los montos de las denominadas compensaciones ordinarias extraordinarias y las denominadas auxilio de alimentos y de vivienda así como donde la demandada talentum cooperativa de trabajo asociado se obligó a cubrir el 100% del valor de la asistencia del demandante al diplomado denominado “conocimiento total”, posteriormente se validó compromiso contractual asociativo inicial en lo relativo a la intensidad horaria de la prestación del servicio a 240 horas mensuales y finalmente también se modificaron los montos de las dominadas compensaciones ordinarias extraordinarias y los auxilios de alimentos y de vivienda allí descritos, reposan igualmente a folios 48, 49,50,55,215 vuelto a 219,227 y 227 vuelto 282 vuelto y 283 copias simples de disciplinarios de fecha 7 de julio de 2010, 31 de julio 2012 y 4 de septiembre de 2012 por parte del Talentum, a folio 56 y 57 se tienen copias, certificaciones laborales de fechas 17 de septiembre de 2010 y 12 de marzo de 2014 respectivamente las mismas expedidas por la aquí demandada Talentum CTA a favor del accionante, así como unas sendas copias, desprendible de pago de nómina, vínculo de asociación desde el 1 de 2010 hasta el 28 feb de 2014 a Folio 61 a 111, 245, 249, 251, 256, 261, 269, 272, 273, 313 a 366 donde consta que el demandante siempre percibió los conceptos de compensación mensual allí descritos emitidos directamente por la entidad pagadora talentum CTA en liquidación con dirección a la cuenta bancaria del demandante señor Cepeda Ballesteros Banco AV Villas número 652736690 en Folio 59,60 y 172 vuelto y 173 milita copia de carta de terminación por mutuo consentimiento el compromiso contractual y folio 112 y 172 copia simple de la liquidación del convenio de asociación de fecha 30 y 28 febrero 2014 respectivamente donde se resalta que

adicional al pago de las compensaciones derivadas del convenio asociativo costa el reintegró al actor del aporte social por valor de \$1.479.256.

En cuanto al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada Virrey Solís no se logra extraer confesión alguna máxime cuando siempre señaló que entre su representada y la CTA Talentum existió una oferta Mercantil y La existencia de un contrato de comodato a título gratuito donde su representada dio la facultad a Talentum CTA para usar los bienes y activos de aquélla, para ejecutar el objeto social de la cooperativa básicamente desarrollar los procesos asistenciales, aunado a ello el demandante siempre actuó como asociado a dicha cooperativa y esta última lo reconoció al demandante como trabajador asociado en perspectiva con las pruebas atrás mencionadas entre otras que el despacho cita textualmente pero reposa en el sumario es claro para este juzgado el demandante prestó a sus servicios directamente en calidad de asociado a favor de la demandada talentum CTA en liquidación a partir del 9 de diciembre de 2009 hasta el 28 de febrero 2014 incluso pero no mediante mediante un contrato laboral como lo pregonan la activa o bajo los presupuestos establecidos en el artículo 53 de la Constitución nacional por principio de la primacía de la realidad cuando quiera que está aprobado en el presente proceso y así dan cuenta todas y cada una de las documentales aportadas por las partes que el vínculo contractual existente entre ellos lo fue mediante compromiso contractual de índole asociativo cobijado mediante la legislación cooperativa como el régimen de compensaciones pues fue evidente la manifestación de voluntades expresadas por las partes firmando para ello un compromiso contractual asociativo el cual los ató con el fin de aportar por parte del demandante su fuerza de trabajo de conformidad con la necesidad de la cooperativa especialmente aquellas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con terceros en la administración de los procesos asistenciales contratados en el marco de la autogestión, autonomía, autodeterminación y autorregulación obligaciones por demás que no son ajenas al objeto de ambas entidades demandadas talentum CTA liquidación y virrey solís y IPS S.A tal como se corrobora en los certificados de existencia y representación visible a folios 115 a 122 esto es la prestación de servicios especializados al sector de salud organizados en procesos o subprocesos con hechos y comentarios dicha materia, así como también probado al plenario se encuentran las compensaciones canceladas al actor directamente por parte de la cooperativa de trabajo asociado siendo última quien ejercía la potestad disciplinaria asociación a su asociado y adicional a ello le canceló durante el terreno laboral los aportes a salud y pensión como se observa a folio 113 y 114 del expediente, obsérvese asimismo que a folios 194 a 195 vuelto está la copia del programa de inducción así como el formato de aceptación del código de ética y conducta de Talentum, folio 196 y memorando del 20 de enero de 2010 por el cual se le hizo entrega del carnet, a folio 196 vuelto de la accionada talentum al actor dicho documento contiene firma de este último y a folio 198 reposa copia de información de la cuenta para la consignación auxilio de desempleo, formato, ausencias, permisos y sanciones folio 205, 205 vuelto 208 vuelto a 212 vuelto, 214 vuelto 215, 219 vuelto 222,224 y 226,228 y 228 vuelto 253 vuelto además la solicitud de descanso anual julio 2013 entre otros visible a folio 203 vueltos a 204,206 vuelto 207 vuelto 220 a 221 y 225 en ese orden de ideas le existe razón a la parte demandada cuando afirmó en la contestación de la demanda que la pretensión propuesta por el actor contradice abiertamente lo estipulado en el artículo 59 de la ley 79 de 1988 y el artículo 15 del decreto 4588 del 2006 que prohíbe la vinculación de personas naturales no asociadas a las cooperativas de trabajo por lo tanto el demandante realmente fue asociado de la cooperativa hoy demandada sin que se encuentren probado los elementos esenciales del contrato laboral como lo pretende y así lo declara este juzgado.

Ahora sin gracia de discusión la pretensión principal apuntará a solicitar que si hubiera declarado una presunta relación no contra Talentum CTA en liquidación como se solicitó a folio 2 pretensión primera, sino que la demandada Virrey Solís Ips S.A, dado que el accionante en efecto prestó sus servicios en las instalaciones de la última pasiva ejecutando la labor como médico de urgencias por lo que inicialmente se encontraría cobijado por la presunción legal que señala artículo 24 del CST conforme al estudio del material ya indicado tampoco estaría llamada a prosperar esa presunta pretensión toda vez que la presunción que haya desvirtuado a favor de la accionada pero Virrey solís teniendo en cuenta que con los medios probatorios está plenamente acreditada la

ausencia de subordinación por parte de esa Ips frente al demandante, esto por cuánto cómo quedó demostrado al expediente tanto en las instalaciones e inmuebles estaban entregadas a la cooperativa Talentum en liquidación junto con los elementos físicos y tecnológicos que allí se encontraban según folios 376 a 377 vuelto, específicamente a Folio 376 clausula primera en lo allí consignado y en ese sentido es claro que los medios y equipos de trabajo eran entregados por la CTA advirtiendo en todo caso que las labores allí ejercidas fueron en virtud de la oferta Mercantil suscrita entre las aquí demandadas Virrey Solís Ips y Talentum CTA cómo se corroborará o se corrobora a folios 369 a 375, situaciones éstas que no fueron negadas o desconocidas por ninguna de las partes. Así las cosas, se concluye que el caso su examen que tampoco se evidencia existencia de un vínculo laboral entre el demandante y la accionada Virrey Solís Ips S.A durante el tiempo que hubo la vinculación asociativa y cooperada del actor con la CTA Talentum en liquidación; Por lo anterior toda vez que no se logran establecer los elementos esenciales de la relación laboral perseguida y de ello dependía en el estudio de las demás pretensiones es por lo que se absolverá a las partes de todas pasivas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en litigio por lo expuesto.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Como bien lo advirtió el despacho el juicioso estudio de la Litis se determinó un marco jurídico en el cual iba a girar el litigio concreto determinando y haciendo hincapié precisamente en que dentro de los argumentos o de las solicitudes que se hizo a la judicatura era que se aplicara precisamente la teoría de contrato realidad en favor del señor demandante en la medida en que se estimó que las demandadas cooperativa asociada de trabajo y empresa usuaria de esta cooperativa trasgredieron los límites establecidos por las normas completamente por la misma ley 79 de 1988 y por ley 1429 de 2010, como se advirtió a lo largo de la demanda y como lo establece tanto la ley como la jurisprudencia esa ley 1429 de 2010 establece las limitantes para las cooperativas asociadas de trabajo y las empresas usuarias de esas cooperativas en donde se determina que no pueden efectuar contrataciones de personal a través de cooperativas de trabajo ni las empresas públicas ni privadas con la finalidad de que ese trabajo asociado sea para desarrollar funciones misionales como bien lo advirtió el despacho y se hizo referencia precisamente a los certificados de existencia y representación legal de las demandadas en ella se puede determinar el objeto social de estas sociedades, dentro del objeto social precisamente de una de las demandas Virrey Solís se determina que su naturaleza es la prestación de servicios de salud en tal sentido una IPS contrata una cooperativa para como bien lo advirtió además en su interrogatorio de parte el representante legal de Virrey Solís se contrató con la cooperativa virrey solis contrató con la cooperativa para el desarrollo de los procesos asistenciales, esos procesos asistenciales precisamente son parte de la naturaleza de las IPS y como tal está dentro de las limitantes de la norma que este tipo de entidades no pueden hacer una contratación de las cooperativas de trabajo.

Ahora bien para el despacho fue determinante el hecho de que los implementos con los cuales se prestaban los servicios fueron proveídos de alguna manera a través de la figura de una oferta Mercantil que dio lugar a un comodato gratuito si estamos ante un comodato gratuito quiere decir que una de las partes se desprende de manera desinteresada de un bien para que otro lo haga y explote ese bien con las finalidades lógico del objeto, de ese bien en tal sentido señor juez por un lado en el interrogatorio de parte de la demandada virrey solis afirman que a través de esta figura de comodato gratuito se entregó dominio web o la página web junto con las cuentas de correo electrónico condominios@virreysolisips.com es el dominio que se le asignó al médico James, así como también a través de este mismo dominio desde la cooperativa sociedad de trabajo aparentemente prestaban todos los servicios administrativos para los trabajadores como es el caso y se encuentra probado dentro del expediente los correos electrónicos dirigidos a talento humano de virrey Solís donde el médico James Alejandro Cepeda solicita información sobre sus vacaciones y donde a través de una cuenta también con el dominio @Virrey Solisips.com responden y determinan cuáles van a ser los elementos que integran las vacaciones del entonces trabajador hoy demandante, ante las preguntas sobre estos dominios y demás la IPS continúa afirmando que se trata

de un comodato en tal sentido señor juez salta a la vista que este tipo de esta figura de un comodato y como se solicitó también al despacho fuera estudiado este caso a través de la figura del contrato realidad se extralimita la demandada virrey Solís al desprenderse de todos los dominio web, logos para sus vestimentas, los uniformes de trabajo de los asociados, aparte de esto las mismas instalaciones software y hardware para que los trabajadores o los asociados como se presentaban pudieran desarrollar la función misional de la IPS en tal sentido señor Juez es claro que esta IPS virrey Solís y como lo denunció a lo largo de toda la defensa y de su interrogatorio de parte lo que se hizo fue que se prestaron todos los medios, se dejaron los medios en medios físicos para prestar los servicios directamente a la cooperativa de trabajo, adicional a esto la cooperativa de trabajo prestaba las funciones misionales de la IPS estos dos puntos determinan claramente que se extralimitan las funciones propias de estas relaciones de cooperativismo,

Ahora bien y por último contrario a lo deducido en su sentencia se estima que el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la IPS demandada si contiene confesiones y es dable que se dan en este caso declaradas sobre todo ante la pregunta que se le formuló en donde se preguntó al representante legal si el médico James Alejandro Zepeda podía atender sus propios pacientes dentro de las instalaciones y bajo las condiciones que estaba prestando su servicio como cooperado ante lo cual responde no, si el punto de una asociación del cooperativismo resulta también en la autogestión, en la auto determinación, es claro señor juez que esta autodeterminación y autogestión no era tal, los servicios prestados por el hoy demandante tenía que ser autorizados expresamente tanto por la IPS y autorizada los servicios de la EPS no podía llevar sus propios pacientes, no podía auto gestionar su trabajo sino que estaba limitado a las personas que la misma IPS remitiera como pacientes recordemos y se resalta nuevamente que estamos ante una prestación de servicios de salud, estamos ante una institución prestadora de servicios de salud que está contratando a una cooperativa para prestar los servicios asistenciales, primer pecado y segundo pecado contratando médicos aparentemente asociados médicos que no podían operar de manera voluntaria y libre bajo la figura de la autogestión que caracteriza a las cooperativas en tal sentido señor juez y dado todo lo expuesto es evidente que las pruebas que si bien hubo un magnífico estudio de las pruebas los resultados pueden establecerse en una indebida interpretación probatoria de acuerdo con los alcances normativos y con el decir de la propia parte en sus interrogatorios. Por lo tanto, solicito a la segunda instancia, la honorable sala que desata ese recurso se sirva revocar el fallo y se sirva efectuar el estudio precisamente a través de estas prohibiciones normativas, está debida interpretación normativa de la ley 1429 y de la ley 79 del 1988, así como la jurisprudencia y además la interpretación probatoria, la interpretación sobre todo al interrogatorio de parte y a las documentales presentadas para que sea accedido a mis peticiones.

CONSIDERACIONES

Solicita el demandante se declare la existencia de relación laboral entre el 9 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2014, con la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum CTA y de manera solidaria con Virrey Solis IPS, no habiendo discusión de la prestación personal del servicio por parte del actor para la Cooperativa de Trabajo demandada como se corrobora de certificación visible a folio 57 expedida por esta última en la que señala esta parte que el demandante estuvo vinculado como trabajador asociado entre el 9 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2014, documental que igualmente da cuenta que fue enviado a prestar sus servicios como médico de urgencias a la demandada Virrey Solis IPS.

A este respecto, la parte demandante y demandada Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum CTA, allegan compromiso contractual asociativo suscrito entre ambas partes, de cuyo texto se extrae que el actor fue contratado por esta como trabajador asociado para desempeñarse como médico de urgencias y por su aporte en trabajo recibiría una compensación.

Precisado lo anterior y con base en lo solicitado y el recurso de apelación interpuesto, era necesario definir si entre el demandante y la CTA demandada, existió un verdadero contrato de trabajo y de ser así, si opera la solidaridad invocada respecto de Virrey Solis IPS.

Resulta claro como se señaló que el demandante se vinculó a la CTA Talentum, mediante compromiso contractual en cita, siendo retribuida su labor como trabajador asociado, mediante el régimen de compensaciones, circunstancia de la que a su vez obra prueba conforme documentales allegadas por la Cooperativa demandada.

No obstante lo anterior y contrario a lo señalado por el recurrente también en sus alegaciones, en el presente no obra prueba alguna sobre la utilización del compromiso contractual asociativo para ocultar una verdadera relación laboral con esta Cooperativa ni con la otra demanda; pues conforme documental visible a folio 504 del plenario, se determina que la Cooperativa demandada y la también demandada IPS Virrey Solis, suscribieron una oferta mercantil, en virtud de la cual, la IPS en mención, le encargaba a la Cooperativa el manejo y administración total de los procesos asistencial y administrativo; de lo que se establece que si bien el demandante en ejecución del convenio asociativo, pudo haber atendido pacientes de la Virrey Solis, ello obedeció a los mencionados convenios firmados entre dicha entidades; dado que las cooperativas de Trabajo Asociado como la demandada, son entidades que si se ciñen a la Ley desarrollan ese tipo de asociación y no en todos los casos puede afirmarse que las empresas que contratan con estas, en este caso Virrey Solis, son empleadores; aunado a que no se probó en qué condiciones fue prestado el servicio por parte del actor en la relación contractual mediante la que se vinculó a la Cooperativa a efectos de establecer si como lo afirma, fue bajo la óptica de una relación laboral, pues nótese que no fue posible recepcionar ninguna prueba testimonial ante el desistimiento de esta por la parte demandante, quedando únicamente la prueba documental para

determinar la existencia de la relación laboral deprecada que no se vislumbra en esta oportunidad, no existiendo así el hecho indicador que active la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

Frente a este tema, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 en el sentido de que, **la celebración de contratos con dichas cooperativas, no puede ser utilizado para ocultar la existencia de una relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen. Y en este particular caso, aunque en apariencia figura la actora como cooperada, en realidad, fue vinculada a través de una intermediaria para prestar sus servicios personales en calidad de trabajadora subordinada al servicio de la empresa demandada y por esta razón, deberá ser considerado como su trabajadora para todos los efectos legales, toda vez que concurren los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo.**

Ahora, el Artículo 16 del Decreto Reglamentario 4588 de 2006 establece la desnaturalización de trabajo asociado así: **“El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.** Y el artículo 17 del mismo Decreto consagra: “Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni 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 estos 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. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la

Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”

Sin embargo en este caso se itera no hay prueba alguna, más que las afirmaciones de la parte actora, que indiquen que para el caso del demandante existió una verdadera relación laboral frente a la CTA convocada, luego ante la existencia del hecho indicador, era imposible declarar la existencia de un vínculo de tal índole, como tampoco con la IPS Virrey Solis pues ningún medio probatorio conduce a ello, siendo entonces claro el vínculo como trabajador asociado del actor con la Cooperativa de Trabajo Asociado, por virtud del convenio suscrito entre esta y el demandante, que no genera las obligaciones de naturaleza laboral cuyo reconocimiento petitiona el demandante, conforme lo previsto en el artículo 59 de la Ley 79 de 1988.

De otra parte y contrario a lo indicado por el recurrente también en sus alegaciones, ninguna confesión se puede derivar del interrogatorio de parte absuelto por el representan legal de Virrey Solis EPS, cuando señala que al actor no le estaba permitido atender de manera independiente a otros pacientes en sus instalaciones, circunstancia que tampoco es indicativa de una relación laboral, como quiera que es claro que en marco de la oferta mercantil suscrita entre esa demandada y la CTA Talentum, al demandante únicamente le era dado atender pacientes de dicha IPS, pues es bien sabido que en las sedes de estas instituciones únicamente se atienden a pacientes adscritos a las mismas y si el demandante pretendía atender a pacientes no adscritos a dicha IPS, lo podía hacer en instalaciones diferentes a las de Virrey Solis IPS.

Aunado a lo anterior, la prestación del servicio del demandante en las instalaciones de la IPS demandada y la asignación de una dirección de correo electrónico institucional tampoco permiten concluir como lo afirma el recurrente la existencia del vínculo laboral alegado como quiera que revisado el contenido de la oferta mercantil a que se ha hecho alusión, se establece que para alcanzar el objeto pactado en la misma, el servicio de debía prestar en las instalaciones de Virrey Solis y para lo cual, el actor requería de una dirección de correo electrónico de la IPS en mención y así garantizar la correcta ejecución de dicha oferta.

Así las cosas y al no vislumbrarse la existencia de la relación laboral deprecada, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-506-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARÍA CLAUDIA TOBITO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de Colpensiones y la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación o ineficacia de la afiliación que realizara a Colfondos y Protección S.A., a partir del 1 de enero de 1997 y la del año 2003, como quiera que no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

medió para el efecto un consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos desfavorables de trasladarse del RPM al RAIS, debiéndose aplicar a su caso el principio de favorabilidad, anulando dichas afiliaciones ya que la mesada pensional que recibiría de haber permanecido en el RPM, sería ostensiblemente superior a la liquidada en el RAIS, declarándose igualmente que Colpensiones le debe reconocer pensión por vejez una vez acredite los requisitos para el efecto; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones el capital y rendimientos depositados en su CAI desde el 1 de enero de 1997, ordenando a esta última a recibirlos y convalidarlos en su historial laboral y reconocerle pensión de vejez una vez acredite los requisitos para ello. (fls. 7 y 8).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de abril de 1957 y se afilió al RPM administrado por el entonces ISS desde el 25 de septiembre de 1981, régimen para el cual cotizó 704 semanas, que el 1 de enero de 1997 fue abordado en su lugar de trabajo por un asesor de Colfondos S.A., quien le ofreció trasladarse al RAIS, para lo cual le indicó que el ISS iba a liquidarse y dejaría a sus afiliados sin la posibilidad de pensionarse, contrario a ello de pertenecer al RAIS, se podría pensionar a cualquier edad, sin explicarle con suficiencia y claridad el monto del capital requerido para acceder a la prestación por vejez en dichas condiciones, que igualmente le indicó sin soporte alguno que al llegar a la edad de pensión, en ese régimen recibiría una mesada pensional en cuantía superior a la del RPM, que no le entregó reglamento del fondo obligatorio de pensiones y tampoco le informó sobre el derecho de retracto, por lo que atendiendo a dicha información errada, suscribió el formulario de afiliación.

Señala que se trasladó a Protección S.A., a partir de julio de 2007, administradora que tampoco le brindó toda la información referente a su traslado, ya que no le indicaron las ventajas y desventajas del mismo a pesar de contar con la capacidad operativa, técnica y financiera para determinar que dicho traslado no le convenía, que conforme estimaciones actuariales realizadas por su cuenta, en el RAIS se pensionaría con una mesada de \$1.839.877, a pesar de que su IBL asciende a \$5.772.936.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Refiere por último que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la anulación de su traslado, la que fue respondida de manera negativa, que cuenta con 62 años de edad y 1840 semanas cotizadas, acreditando así los requisitos para pensionarse por vejez. (fls. 4 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 21 a 24 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 119)

Por su parte, COLFONDOS S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó los hechos contenidos en No 5 a 10, 12, 14 a 16, 18 y 29 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (CD fl. 204).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1 y 24 a 26; negó los No. 11 a 15 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP. (fl. 157).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS y el posterior traslado efectuado entre administradoras del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a la PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HÉCTOR RODRÍGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a que traslade a Colpensiones las sumas descontadas a la demandante por concepto de cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora MARIA MORALES al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos y Protección S.A.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer al señor HÉCTOR RODRÍGUEZ pensión de vejez a partir de la desafiliación del sistema, la cual deberá ser liquidada conforme las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en 13 mesadas pensionales al año, junto con reajustes. (...) (fl. 207)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico planteado que se circunscribía a determinar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, indicó que al respecto se acogía al criterio jurisprudencial expuesto de manera reiterada por la CSJ entre otras en las sentencias SL 1688-2019, SL 3464-2019 y SL 4360-2019, en las que la Corte definió de manera expresa que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamentó la CSJ en el artículo. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el art. 13 del CST y el art. 53 de la CP, por lo que no era necesario probar la existencia de un vicio del consentimiento en el afiliado al momento del acto de traslado.

Señalo en cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos, la CSJ en la sentencia SL 1688-2019 reiterada en la SL 587-2021 ha señalado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS, esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca; por lo que se debe invertir la carga probatoria, correspondiendo a la AFP privada en estos casos acreditar que suministró la asesoría en forma correcta.

De igual forma, siguiendo la línea jurisprudencial de la CSJ entre otras en la sentencia SL 587-2021, indicó que en cuanto al deber de información, correspondía a las AFP suministrar al futuro afiliado al momento del traslado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

una información clara, cierta, comprensible y oportuna, no siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación, sino que deben brindar la información suficiente, siendo necesario evaluar cuál era la información exigida dependiendo el momento histórico en que se dio el traslado, señalando que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

De igual manera, indicó que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley 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 y los traslados horizontales realizados en el RAIS, no tenían la virtud de subsanar la falta al deber de información.

Descendiendo al caso del señor Héctor, señaló que se encontraba probado que estuvo afiliado al RPM administrado hoy por Colpensiones desde el año 1983 y a Cajanal entre 1993 y 1996 y con posterioridad decidió trasladarse a Colfondos el 14 de enero de 1997, lo cual se acreditó con documental de vinculación de Asofondos ya que a pesar de haber sido requerida dicha APF, para que aportara formulario de afiliación, no lo hizo y de tal documental se extraía que también se había afiliado a Protección S.A., el 30 de mayo de 2007, siendo este último fondo al que se encontraba afiliado el demandante.

Afirmó que revisadas las pruebas practicadas y en particular del interrogatorio de parte al demandante, este no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado a ninguno de los fondos del RAIS, ya que indicó que le señalaron junto con dos compañeros que el ISS se iba a acabar, no tenía conocimiento de las características de este; señaló la Juez que le correspondía a las AFP Colfondos S.A. haber brindado la información necesaria al momento en que el demandante se trasladó al RAIS con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica; sin embargo, ninguna había cumplido con dicha carga probatoria, debiéndose declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, para lo cual precisó que conforme lo había reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

buscar que se les brindara las asesorías, ni se podía pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP privada brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP Colfondos ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado. No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003 como quiera que asunto debatido era una ineficacia de traslado por omisión en la falta de información al momento del traslado, en la cual lo que se debe revisar es si se brindó o no la información al momento del traslado para determinar si dicho traslado era ineficaz o no.

Como consecuencia de lo anterior, afirmó que la línea jurisprudencial en que fundaba su decisión había señalado entre otras en sentencia SL 2877-2020 que los efectos de la ineficacia conforme lo establecía el artículo 1746 del CC es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, y que 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.

Que esa alta Corporación igualmente había indicado que ante la declaratoria de ineficacia de traslado se debe realizar la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, por lo que la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el RPM, lo que incluía 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 Colpensiones la entidad encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento de un eventual derecho pensional, pues considera que desde un principio todos esos dineros debieron ser recibidos por Colpensiones, por lo que se ordenaría a Colfondos y Protección, efectuar el traslado de estos dineros en los términos señalados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Siendo claro que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS del demandante, su vinculación con el RPM, entonces administrado por Cajanal quedó incólume; de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP en mención los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien estaba en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019, traslado de dineros que no generaba ningún detrimento para Colpensiones, ni afectaba su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP Protección y Colfondos con cargo a sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración traía consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original.

Declaró no probada la excepción de prescripción señalando que la acción de ineficacia del traslado no estaba sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se había causado.

En cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez señaló que no era beneficiario del régimen de transición ni por edad como tampoco por tiempo de servicios, al no contar con los requisitos previstos para el efecto, debiéndose estudiar su solicitud a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, acreditándose que el actor había cotizado al sistema general de pensiones un total de 1853,3 semanas a 1 de abril de 2016, data para la cual, alcanzó los 62 años, por lo que había lugar a condenar a Colpensiones a reconocer a su favor pensión de vejez a partir de la desafiliación del actor del sistema pensional, ya que de la historia laboral aportada por Protección se evidenciaba que el actor aparecía como activo cotizante, prestación que se debía liquidar conforme las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló que el actor había solicitado el retorno al RPM al RAIS para el año 2019, data para la cual, se encontraba inmerso en la prohibición legal de retornar a este, aunado a ello, no acreditó vicio alguno del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC, y respecto a su caso, había existido una ratificación tácita de la afiliación al RAIS al ejecutar de manera voluntaria el contrato de afiliación y había consentido dese la fecha de afiliación que se le hagan los respectivos descuentos y en cuanto al deber de información, la línea jurisprudencial aplicada al caso bajo estudio, era el Decreto 663 de 1993, el cual se había materializado a través de la Ley 1748 de 2014, y antes de dicha data, las AFP sólo contaban con el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones del afiliado, ya que entre 1993 y 2014, no existía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la voluntad de pertenecer al RAIS y también era deber de este concurrir ilustrado respecto de su situación pensional, ya que exigirle dicho deber únicamente a las AFP, constituía un trato desigualitario.

Protección S.A., recurrió señalando que no era dable ordenar el traslado de los descuentos por comisión de Administración ya que éste era un descuento que se encontraba debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 el 2003 y él mismo se realizó en su momento con la autorización normativa y como contraprestación a una buena gestión de administración de los recursos del demandante como se puede evidenciar en los rendimientos que generó su cuenta de ahorro individual, y ello fue puesto de presente en la sentencia 31.989 del 09/09/2008 y frente a esa comisión del 3% operaba la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad y que no financia directamente la prestación económica por vejez aunado al anterior del artículo 113 de la ley desde 1993 no dispuso que el traslado del régimen comprendiera el reintegro de sumas percibidas por gastos de administración.

Colfondos señaló en su recurso que los descuentos por gastos de administración se habían efectuado en virtud del mandato legal previsto en la Ley 100 de 1993 tanto en su artículo 13 y se encontraba establecido en el artículo 20 de la misma Ley, igualmente, el Decreto 57.994 dispuso que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

constituye ingreso de las AFP las comisiones de administración que se cobran; y dichos gastos beneficiaron la situación pensional del actor no sólo para generarle rendimientos a sus aportes sino para que estuviera cubierto en los riesgos de invalidez y sobrevivencia, actuando dicha AFP de manera diligente en cuanto al manejo de los aportes y su traslado al RPM estaría desconociendo el trabajo que realizó.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos S.A., el 14 de enero de 1997, como se verifica del historial de vinculaciones expedido por Asofondos visible a folio 173 del plenario, así como el posterior traslado que realizara a Protección S.A., el 30 de mayo de 2007 y del que obra formulario de afiliación a folio 172.

En este orden, la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del RPM, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras **desde su creación legal**, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Héctor Rodríguez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la entonces Colfondos S.A., administradora a la que se afilió el actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información al señor Héctor, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento de las recurrente Colpensiones, según el cual la permanencia del demandante en el RAIS tiene la virtud de ratificar su afiliación en ese régimen, por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber de información al que tantas veces se ha hecho alusión, lo que de igual forma determina que su permanencia en este régimen se reputa inexistente por virtud de la ineficacia declarada y que se advierte, se confirmará en esta oportunidad, siendo pertinente indicar que contrario a lo manifestado por Colpensiones, la acción judicial bajo estudio, ostenta el carácter de **imprescriptible**, como se señalara en la decisión de primer grado, dada su relación intrínseca con los derechos pensionales que ostentan tal carácter, por lo que nada le impedía al actor adelantarla a pesar de estar inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

De otra parte, contrario a lo manifestado por la administradora del RPM en su recurso, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Tampoco sale avante el argumento de las demandadas Colfondos y Protección S.A., esbozado en su recurso respecto del traslado de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en sentencia, los que dicho sea de paso, **no se ven afectados por el fenómeno prescriptivo** aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude Colpensiones en sus alegaciones, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS, éstos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021 señalando además que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, los que una vez trasladados entrarán a formar parte del fondo común propio de ese régimen, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

PENSIÓN DE VEJEZ

Resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, procede referirse en apelación y consulta a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor del aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Protección S.A., los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, como lo indicara la decisión de instancia, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se revocará el numeral QUINTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral QUINTO de sentencia recurrida para en su lugar ABSOLVER a Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900506-01 Dte: HÉCTOR RODRÍGUEZ GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2018 702 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ CLAUDIA GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las entidades demandadas y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUZ CLAUDIA GÓMEZ MURCIA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Colfondos S.A., al promover su traslado al RAIS el 4 de septiembre de 1996, no cumplió con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las reales circunstancias y desventajas que le implicaba dicho traslado, causándole grave perjuicio en el valor de su mesada pensional, como consecuencia de ello, solicita se declare nula dicha afiliación y se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, sin incluir gastos de administración como si nunca se hubiere trasladado al RAIS y se ordene a esta última a aceptar el traslado al régimen que administra; subsidiariamente solicita se decrete la ineficacia de dicha afiliación al RAIS y como pretensión subsidiaria segunda y de no ordenarse su traslado al RPM, peticiona se ordene a Colfondos S.A., a reconocer pensión de vejez en los mismos términos en los que se le hubiera reconocido de permanecer en el RPM. (fls. 62 y 63 y reforma 135).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 29 de noviembre de 1963, contando con 55 años de edad, que se vinculó al RPM a través de su empleador de la época el 19 de septiembre de 1988, que el 4 de septiembre de 1996 se trasladó del ISS a Colfondos S.A., atendiendo a las recomendaciones del ejecutivo de cuenta de dicha AFP y sin que mediara la debida asesoría para el efecto, que el 30 de agosto de 2002, se afilió a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., administradora que antes de cumplir los 47 años no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de quedar inmersa en la prohibición legal para ello, encontrándose actualmente afiliada a dicha AFP, que ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1181 semanas.

Señala que el 26 de septiembre de 2018, elevó petición ante Colpensiones, solicitando la nulidad de traslado al RAIS, la que le fue negada, que ante Porvenir S.A., peticionó proyección pensional, a lo que le indicaron en septiembre de 2018, que su mesada pensional a los 57 años sería de \$1.028.000, que

igualmente peticionó ante Colfondos prueba de la asesoría dada por esa AFP al momento de promover su traslado, a lo que se le señaló que dicha asesoría se le había brindado de manera verbal, que de continuar afiliada al RPM, su mesada pensional ascendería a \$3.350.425, lo que determina el perjuicio que le causó el traslado desinformado al RAIS, ya que no le fueron informadas las consecuencias negativas de dicha decisión. (fls. 64 y 65)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 13, 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe. (fl. 100)

COLFONDOS, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en numerales 1, 2, 4, 6, 17 y 18, negó los No. 21 a 23 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., compensación y pago, inaplicabilidad legal, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado. (fl. 177)

Por su parte, PORVENIR S.A., también se puso a las pretensiones invocadas, aceptó los hechos contenidos en No. 4, 6, 9, 15 y 16; negó los No. 7 y 8 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa. (fl. 214)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1996.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante al RPM.

TERCERO: Condénese a Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones todos los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo cuando cobró efectividad 1 de noviembre de 1996 hasta el 21 de octubre de 2002, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 22 de octubre de 2002 hasta que haga efectivo su traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

QUINTO: Condénese a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la CAI de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. (...) (fl. 311)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado la demandante a Colpensiones, su traslado a Colfondos S.A., en el año 1996, el posterior que realizara a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías del 30 de agosto de 2002, información para bono pensional, que se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales; indicó que la norma vigente al momento de traslado de la actora, era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 696 de 1994, que regulaba todo lo referente a los traslados de regímenes pensionales como entre los fondos del mismo régimen.

Que como quiera que la pretensión principal se encaminaba a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la jurisprudencia de la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que el traslado de régimen debía estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y conforme interrogatorio vertido por la demandante, hacía una recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que el manifestaron que el ISS estaba en crisis y que perdería su derecho pensional; que de acuerdo con el material probatorio prueba documental e interrogatorios y declaración de parte se observaba que a la fecha de suscripción de formulario de afiliación por parte

de la demandante, la demandada Colfondos S.A., no había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, esto es, que fuera veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Porvenir S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, traslado de dichos gastos, que igualmente debía efectuar Colfondos S.A., durante la época de afiliación de la demandante a dicha AFP, recursos que debían ser trasladados de manera indexada.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colfondos S.A.**, no era procedente la condena a su cargo respecto de devolver los gastos de administración con sus propios recursos, ya que en el debate procesal, no se había demostrado que el traslado que efectuara la demandante al RAIS, le haya generado perjuicio o menoscabo alguno, contrario a ello medió una buena gestión por parte de dicha administradora en el manejo de los aportes pensionales de la demandante, ya que le habían generado unos rendimientos que fueron consignados en la CAI de esta, en la que se puede evidenciar que dichos rendimientos son mucho mayores que los generados por cotizaciones, debiéndose tener en cuenta que la demandante ya no se encontraba afiliada a dicho fondo y todos los dineros de su CAI, fueron trasladados a la administradora pensional a la que se afiliara

con posterioridad, trasladándose más de un 100% de lo que hubiese sido la cotización de la demandante en el RPM.

Indicó que el descuento de dichos gastos estaba consagrado legalmente y se realizaba en ambos regímenes, tenían destinación específica ya que una parte de ellos se destinaba a la adquisición de una póliza de seguro previsional para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia; estando cubierta la demandante de dichas eventualidades y otro porcentaje se destinaba para la administración y gestión de las inversiones que realizan los fondos privados, lo que se itera, generó unos rendimientos y conforme a las consecuencias de la ineficacia que eran idénticas a las de la nulidad como lo había indicado la CSJ, la demandante no tendría derecho a los rendimientos así como mi representante no tendría derecho a los gastos de administración, por lo tanto, se debía disponer las restituciones mutuas.

Porvenir S.A., recurrió señalando que no había conocido las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales se había dado el traslado inicial de la demandante al RAIS, por lo que había acogido a esta de buena fe en el estado en que se encontraba y le había brindado una información totalmente completa, clara y comprensible sin embargo, se declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 norma habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador y en cuanto a los gastos de administración, estos estaban previstos en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, también operaban en el RPM y se realizan para financiar pensión de invalidez, no formaban parte integral de la pensión vejez, por lo que no son un emolumento que pertenezca al afiliado, debiendo estar sujetos al término prescriptivo, no siendo de recibo que se le condene doblemente por la misma causa, y tal tema ha sido tratado en los conceptos de la Superintendencia financiera, la cual indica que cuando se genera la nulidad de un traslado régimen, los dineros que se deben retornar son los depositados en la CAI y los rendimientos sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la vigencia durante la cobertura de la póliza.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, se tiene que lo pretendido de manera principal y subsidiaria por la señora LUZ CLAUDIA GÓMEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 4 de septiembre de 1996, a través de formulario de afiliación suscrito con Colfondos S.A., documental que fue allegada por la parte demandante como se verifica a folio 8 de expediente digital, de igual manera, peticona los mismos efectos en cuanto a la afiliación que se demostró realizó ante Porvenir S.A., y el que no fue objeto de reparo.

En este orden, la ineficacia de traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y

destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandada Porvenir S.A., como lo indica en su recurso, afirmar que le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados, cuando de ello sólo obra el formulario en mención, así como el suscrito a Porvenir S.A., documental de la que no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones

mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, contrario a lo señalado por Colfondos en su recurso y Porvenir en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en sus alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las recurrentes Porvenir S.A., y Colfondos S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de

afiliación jamás hubiera existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, corporación que como se señaló ha reiterado la procedencia de dicho traslado y si bien Colfondos S.A. indica que efectuó dicho traslado a órdenes de Porvenir S.A., no allegó prueba de tal afirmación, debiendo entonces efectuar el traslado de gastos y comisiones de administración en la forma en que fuera condenada.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

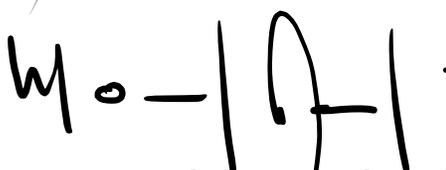
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO: 31-2020-76-01

DEMANDANTE: PEDRO PABLO PLAZAS FORERO

DEMANDADO: SERVICIOS INTEGRALES SAS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Laura Camila Coconubo, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

P R E T E N S I O N E S

El señor **PEDRO PABLO PLAZAS FORERO** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **SERVICIOS INTEGRALES COMPANY SAS**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare la existencia de un contrato de trabajo inferior a un año, firmado el 10 de agosto de 2017, que el contrato terminó unilateralmente y sin justa causa, que se adeudan prestaciones sociales. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, vacaciones, indemnizaciones, moratoria indexación. (Fls 33 al 41)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que comenzó a trabajar el 22 de mayo de 2017, con contrato a término fijo mínimo legal, que el 20 de noviembre de 2017 se terminó el contrato porque el conjunto residencial terminó el contrato con el empleador, que no le cancelaron la liquidación. (Fls 33 a 41)

La demandada, fue contestada a través de curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones, toda vez que no existe obligación alguna, manifestó atenerse a lo probado. Propuso las excepciones de causas no imputables al “patrono”, pago de la liquidación, de la contradicción en la fecha de perfeccionamiento de contrato de trabajo y genérica.

Tramitada la primera instancia, la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintiséis (26) de mayo de 2021, por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre PEDRO PABLO PLAZAS FORERO en calidad de trabajador y SERVICIOS INTEGRALES COMPANY SAS, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el día veintidós (22) de mayo del año dos mil diecisiete (2017) y el veinte (20) de noviembre del año dos mil diecisiete.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SERVICIOS INTEGRALES COMPANY SAS a reconocer y pagar al demandante.... (prestaciones, indemnización por despido, intereses a las cesantías, vacaciones y sanción moratoria”

Para llegar a esa decisión, en síntesis, la Juez señaló: “...se refiere a los artículos 22,23 y 24 del C ST, se refiere a la carga de la prueba diciendo que el trabajador tiene que probar la prestación del servicio para que se abra la presunción del art 24. Se refiere al contrato visible a folio 5, con fecha de suscripción 10 de agosto de 2017 y como fecha de inicio 22 de mayo de 2017, se aportó también a folio 8 documental de fecha nov 20 de 2017 carta de terminación del contrato la cual lee referida a la terminación del contrato, en donde se expresa que laboró hasta el 20 de septiembre de 2017. Analiza la declaración del testigo José Gregorio Sánchez, quien dijo conocer al demandante, que era todero en el conjunto, dice que el último contrato fue con admiseos, ¿que antes trabajó con la demandada pero que de eso no sabe nada y que solo sabe lo que le comentó el demandante que no sabe por qué? dejó de trabajar ni el salario ni lo que le adeudan, la testigo Marlene Cutiva, dice que hacía el mantenimiento y aseo en 2015 y que en 2017 le cancelaron el contrato el señor Wilfrido porque a él se lo cancelaron, que entiende que el salario era el mínimo y que el demandante les contó que no le han pagado. Esta testigo de alguna manera menciona a la empresa demandada y hace alusión a un señor Wilfredo. Lo único claro de los testigos es de una prestación de servicios de nada más. Entonces la Juez analiza las documentales, dice que no fueron tachadas de falsas ni desconocidas en su contenido. Dice que el contrato aportado no puede acreditar la existencia de un contrato a término fijo porque este debe constar por escrito pero debe elaborarse a partir del mismo momento en que empezó a regir y acá comienza el 22 de mayo de 2017 pero el contrato se firma del 10 de agosto de ese mismo año. Por eso el contrato no es fijo porque no se hizo en el momento en que se firmó por lo que se debe decir que es un contrato a termino fijo. En cuanto a la finalización encontró otra contradicción porque el documento de folio 8, da fe de una terminación dos meses después lo que no es posible, por lo que es claro que terminó el 20 de noviembre y no el 20 de septiembre de 2017. Encuentra entonces un contrato desde el 22 de mayo de 2017 al 20 de noviembre de 2017, a termino indefinido. Sobre la terminación del contrato cita sentencias de la corte sobre la carga de la prueba, asegurando que el trabajador debe demostrar el despido y la demandada la justa causa. Se refiere al documento de folio 8 encontrando que la demandada fue quien terminó el contrato y analiza la declaración de la testigo y dice que fue el empleador quien terminó el contrato. Encuentra luego de citar sentencias de la Corte nuevamente sobre la carga de la prueba, concluyendo que la cancelación del contrato del empleador no es una justa causa, solo lo sería si fuese un contrato de labor u obra, luego es claro terminó sin justa causa. En consecuencia, condenó a la indemnización, así como a

prestaciones y vacaciones por cuanto no encontró prueba del pago. Condenó al pago de sanción moratoria analizadas las normas y jurisprudencias al respecto...

Inconforme con esta decisión la curadora ad litem interpuso recurso de apelación así: “ ... afirma que realmente no se pudo configurar ningún contrato a termino indefinido y el solo hecho de que no se hubiere especificado por labor u obra no justifica que no lo sea, se aparta de eso, por tanto no hay causa de sanción por la liquidación de contrato. no hay sanción porque este contrato se terminó por justa causa no imputable al “patrono”. Insiste que es una causal genérica luego no hay sanción a y mucho menos moratoria porque no hubo una intención de la demandada porque el mismo trabajador acepta que la empresa se encuentra a paz y salvo del primer contrato, insiste que las inconsistencias de las fechas del contrato lo que genera es que en este caso se afecta el negocio y dice que no hay prueba del contrato....”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso advirtiendo desde ya que **CONFIRMARÁ**, la sentencia. Veamos las razones.

Lo primero que advierte la Sala es que sin discutir si el contrato suscrito;- del cual no hay duda, porque consta en el expediente-; era a termino fijo o indefinido, pues esto no es lo que cuestiona la curadora ad litem en el recurso; lo único cierto es que, este no era de labor u obra contratada, sencillamente porque no se especificó justamente eso, la labor u obra contratada , luego se equivoca la recurrente cuando asegura que “ese simple hecho” no lo convierte en indefinido, porque justamente lo que enseña la jurisprudencia es que para que en realidad sea un contrato de trabajo de esa naturaleza debe determinarse la obra o labor con precisión.

Ahora bien, a folio 5 del expediente se observa contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito con la demandada; para el cargo de operario en mantenimiento general y en cuya cláusula quinta se consagra que la duración pactada es de seis meses, que se cuentan a partir de mayo de 2017. No obstante, la fecha de suscripción del mismo es agosto 10 del mismo año, es decir tres meses después a que se iniciará la labor.

Ningún fundamento jurídico existe para concluir que la fecha de suscripción y el inicio de la labor deba coincidir en los contratos a término fijo, admitirlo sería borrar de tajo el principio que rige en derecho laboral sobre la eminente consensualidad del mismo. Que el término del contrato debe constar por escrito es diferente a que la ley obligue a que tal constancia se plasme en un documento en el mismo momento en que se inicia la labor; las partes pueden acordarlo y luego plasmarlo, tan cierto es que la Corte ha admitido la prueba del pacto sobre la duración por cualquier medio probatorio.

En sentencia SL 2600-2018 Rad 69175 de junio 27 de 2018.MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, al respecto se indicó:

“(..)

*Conviene destacar que el contrato de trabajo en cuanto género no está sometido a una forma determinada para su existencia, por lo que para su nacimiento es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador. Al respecto, el artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que «el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere de forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario». Aunque para el surgimiento a la vida jurídica del contrato de trabajo prima la consensualidad (se perfecciona con el simple consentimiento), al igual que para la validez de la generalidad de los acuerdos o pactos a los que lleguen los trabajadores y empleadores en el marco de la relación de trabajo, existen determinadas estipulaciones, ensambladas en el convenio laboral, para las cuales la ley impone el cumplimiento de una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem), tal es el caso, por ejemplo, del pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST), el periodo de prueba (art. 77 CST) o el salario integral Radicación n.º 69175 14 (art. 132 CST), los cuales por expreso mandato legal deben celebrarse por escrito. La desatención de esta formalidad legal no implica, la inexistencia o ineficacia de la totalidad del contrato de trabajo, sino apenas de uno de los apéndices o cláusulas para los cuales la ley exige una específica forma. Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST); la ausencia de un acuerdo escrito en torno al periodo de prueba implica que los «servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo» (art. 77 CST) y la omisión de pacto escrito de salario integral hace que el salario acordado se gobierne por las reglas generales de la remuneración. **En el orden propuesto, podría decirse que en el ordenamiento laboral colombiano la regla general es la libertad de forma, es decir, las partes pueden exteriorizar su voluntad en cualquier forma (verbal o escrita), y solo excepcionalmente, cuando por razones de seguridad en las transacciones jurídicas o para proteger a la parte débil de la relación, el legislador establece una determinada formalidad, las partes deben avenirse a su cumplimiento a fin de que el acto jurídico sea válido. Se sigue entonces, que libertad de forma es la regla general para la existencia y validez de los actos y contratos, y la excepción son las formalidades ad solemnitatem establecidas por el legislador. Radicación n.º 69175 15.***

Si esto es claro, fácilmente se advierte que la razón no está de lado del recurrente, pues en relación con los contratos de trabajo según su duración, la ley solo exige para el contrato laboral a término fijo su celebración por escrito (art. 46 CST); las demás modalidades se perfeccionan por el simple consentimiento.

2. LA PRUEBA DEL ACUERDO DE LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR CONTRATADA ES LIBRE Y PUEDE DERIVARSE DE LA NATURALEZA DE LA LABOR CONTRATADA Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». **La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad. Así como en el derecho laboral prima la regla general de la libertad de forma para el nacimiento de los actos jurídicos, a la par, también prevalece un principio general de libertad probatoria, el cual se relativiza solo cuando la ley establece una formalidad ad probationem.** Al respecto, el artículo 54 del Código

*Sustantivo del Trabajo señala que tanto «la existencia» como las «condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios». Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada. En efecto, el numeral 1.º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo prevé: 1o) **El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido...**»*

Sentencia que ha sido reiterada en muchas otras tales como la SL 4936-2021 Rad N°73894 de octubre 6 de 2021 MP JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN.

En consecuencia, la Sala hace las siguientes precisiones: i) Es válido que un contrato a término fijo pueda iniciarse, sin que se plasme en esa misma fecha en un documento; si esa es la voluntad de las partes y lo materializan después como en este caso sucedió y en eso se equivocó la Juez. No obstante, esta aseveración se hace a manera de precisión, pues no fue lo cuestionado en el recurso, ii) Definitivamente si no se especifica de manera detallada en el contrato que su duración esta determinada por el tiempo que dure la realización de una labor u obra o labor contratada; no tiene tal naturaleza y en eso se equivoca la recurrente; sin que sobre recordarle que estamos frente a un contrato de trabajo no ante cualquier otro, luego las consecuencias en los incumplimientos no son las mismas como indica en su recurso.

En ese orden queda clara la existencia del contrato como lo señala la parte demandante en sus alegaciones, pues no hay inconsistencia alguna en las fechas solo, la voluntad de las partes de plasmar en un documento lo que ya se había iniciado, especificando la modalidad en cuanto a su duración. Tampoco hay duda de que este terminó sin justa causa, sencillamente por cuanto el contrato no es de obra o labor contratada y por tanto no puede invocarse esta como causa legal de terminación, ni menos aún como justa causa, pues estas se encuentran determinadas en la ley.

En ese orden se impone CONFIRMAR la sentencia apelada pues los argumentos del recurso no tienen la fuerza de quebrar la sentencia apelada, menos en cuanto a las condenas, toda vez que no hay constancia de pago alguno de las prestaciones, vacaciones, intereses e indemnizaciones del contrato acá discutido, ni hay razón ni fundamento para hablar del primer contrato al que se refiere la recurrente, que no se adecua a los fundamentos de la sentencia atacada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

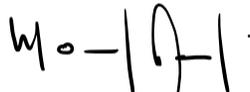
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-089-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SANDRA LUENGAS APONTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A. y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora SANDRA LUENGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen que realizara a través de Porvenir S.A., como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a esta última a entregar o restituir a Colpensiones la totalidad de los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y rendimientos, condenando a Colpensiones a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA L'UENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

recibirla como su afiliada y recibir los valores objeto de traslado contabilizándolos para efectos pensionales.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada cotizando para los riesgos de IVM al ISS desde el 15 de agosto de 1990 al ISS, que estando afiliada al RPM, el 22 de abril de 1994 se trasladó al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., fondo que no le informó ni la ilustró sobre las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse, no le indicó la diferencias de pertenecer a uno u otro régimen, no le entregó el plan de pensiones, tampoco le señaló las implicaciones que dicha decisión tendría sobre su situación pensional, ni los riesgos de cada régimen, como tampoco de las modalidades pensionales existentes en el RAIS.

Afirma que nada se le indicó teniendo en cuenta sus condiciones pensionales específicas, que no se le puso de presente el capital requerido para pensionarse, la forma de destinación de su aporte, no se elaboró proyección pensional para su caso; señala que solicitó ante Colpensiones anular dicho traslado al RAIS, lo que le fue negado, encontrándose actualmente afiliada a Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 17 a 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

Por su parte, Porvenir S.A., no allegó contestación a la demanda.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA L'UENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del RPM al RAIS, teniéndola como válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros entre otros.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM.

(...) (fl. 2)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Sea lo primero señalar que en cuanto a la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en sentencia del 23 de septiembre del año 2009 radicación 36132 señaló: para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que los Ministerios Públicos por intermedio de sus procuradores judiciales están plenamente facultados para intervenir en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción del trabajo como expresamente lo indica el artículo 16 del CPTSS, por lo que podrán sin restricción de ninguna naturaleza ejercer sus actividades para la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia y la conducta oficial por así autorizarlo la CP artículo 118 y para la defensa del orden jurídico el patrimonio público o de los derechos y garantías numeral 7 artículo 177 de la Constitución; siendo claro que en el caso que nos ocupa que el Doctor Jaime Castellanos estaba plenamente facultada para intervenir como a bien lo hizo participando en la práctica de pruebas y rindiendo el concepto final en donde solicita que se acceda a las pretensiones incoadas por la parte demandante.

Tendríamos que revisar ahora una de las demandadas es la administradora de pensiones Colpensiones. Al revisar el expediente copia del formulario del derecho de petición radicado por la demandante ante Colpensiones, acreditándose de esta manera el cumplimiento del requisito de procedibilidad, la ley 100 de 1993 organiza el sistema de seguridad social y establece dos regímenes pensionales claramente diferenciados siendo estos RPM y el RAIS, conforme al artículo 1 de la ley 100 de 1993 y el 48 de la CP consagra el derecho a la seguridad social, derecho que se le ha otorgado la connotación de fundamental, en la sentencia C 986 del año 2009, señaló la Corte que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, el artículo 13 de la ley 100 consagra las características del sistema integral de seguridad social y en el literal B que la selección de uno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, por su parte, el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 indica la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este.

Es así como para el caso bajo estudio, al revisar la documental aportada al expediente aparece una impresión de la página de Asofondos en donde se indica que la demandante encontrándose afiliada a Colpensiones se traslada a Porvenir en el año de 1994, misma circunstancia se evidencia en el formulario de afiliación aportado por dicha demandada por lo que es claro que la demandante se encuentra afiliada en el RAIS de donde llegó después de trasladarse del RPM como se indica en la certificación, ahora al revisarse los presupuestos legales establecidos para que este traslado tuviese plenos efectos jurídicos; al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en reiteradas sentencias ha explicado que deben cumplirse unos presupuestos básicos para que se entienda cumplido este deber de información, en fallos de tutela la Corte Suprema indica la obligatoriedad de seguir el precedente judicial, no estoy señalando que los fallos de tutela tengan el efecto de erga omnes, solamente aplican para el caso frente al cual se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA LUENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pronuncia, se señala a seguir la obligatoriedad de seguir el precedente de la sentencia SL1452 del año 2019, para la Corte es claro que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a dar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, más adelante señala la Corte en esta misma sentencia sobre el deber de información a fin de que puedan tomar una decisión consciente, de esta manera el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, usuario como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como de los riesgos y consecuencias del traslado, de la carga de la prueba inversión a favor del afiliado según lo expuesto precedentemente es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen el que la virtud de generar en el juzgador la convicción que este contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Lo primero que debe señalarse en el caso que nos ocupa es que el proceso laboral admite libertad, lo que indica que los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones y de las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio probatorio siendo entonces pruebas válidas, los documentos, testimonios o lo confesado por la parte en el interrogatorio. Procedemos entonces a revisar de las pruebas halladas en el expediente si la parte demandada Porvenir cumplió con su carga, esto es si demostró que en el momento de traslado de régimen del demandante septiembre de 1994 le suministró la información clara, completa y comprensible que le permitiese tener un conocimiento pleno de las características, consecuencias e implicaciones del traslado, esto es si su consentimiento fue en forma; resaltándose en primer lugar que Porvenir S.A., no contestó la demanda, pudiéndose inferir válidamente únicamente con formulario de afiliación aportado previo requerimiento que no realizó despliegue probatorio alguno que se cumplió con este deber de información, y de lo manifestado por la demandante, no se derivaba confesión alguna al señalar que no le indicaron los pormenores de su afiliación al RAIS y analizándose la historia laboral de la demandante a Porvenir, aparte de cotizar simultáneamente con 2 empleadores, cotizó en los últimos años como independiente, con un salario muy superior al que venía cotizando como docente universitaria, siendo claro que si cotizó en los últimos años con un IBL superior, alguna motivación tendría, pero su motivación no se probó, máxime cuando la demandada Porvenir S.A., ni siquiera había contestado la demanda y al no cumplir con el deber de probar el cumplimiento del deber de información, debiéndose declarar ineficaz el traslado de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, esa AFP deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes junto con los intereses y los rendimientos sin que pueda descontar suma alguna correspondiente a gastos de administración o seguros entre otros, deberá condenarse a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen, en cuanto a las vinculadas a la litis pues este estrado judicial no va a imponer condena alguna indicando obviamente que deberán cumplir con las obligaciones que les competen frente al sistema de seguridad social integral por los períodos en que la demandante cotizó eventualmente a entidades del sector público.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando que el traslado realizado por la demandante cumplía con los requisitos que para la fecha del mismo exigía la normativa vigente y si bien no se desconocía que desde el principio de la creación de las administradoras de fondos de pensiones existía un deber legal de brindar una información, este fue objeto de un desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial progresivo incrementado con el transcurso del tiempo las exigencias impuestas a las administradoras, por lo que no se había realizado una debida interpretación de la norma aplicable en el año



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA LUENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

1994 en el caso específico de la demandante, ya que para la fecha el legislador estableció que debía brindar una información necesaria pero teniendo en cuenta evitar una coacción, situación que no ocurrió para el caso de la actora ya que en su interrogatorio manifestó que sí tuvo una reunión previa a la firma del formulario y si bien manifestó que no se le pusieron de presente las consecuencias de pertenecer a uno u otro régimen respecto a su situación pensional, para dicha data no era posible determinar dichas situaciones como quiera que como se señaló, ello no se podía establecer aún.

Indicó respecto de la condena a devolver los gastos de administración y rendimientos de manera conjunta que no resultaba coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, ya que si la consecuencia de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se celebró es claro que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante tampoco nunca se generaron, es decir los rendimientos profesionales generados por los aportes de la demandante se dieron con la única ocasión a que la demandante se afilió al RAIS, de otra manera, no se hubieran generado; lo propio ocurría respecto de la devolución de los seguros previsionales ya que como bien lo establece la normatividad dicho descuento está autorizado por ley, y tal devolución estaría desconociendo que la demandante durante los 28 años que ha estado vinculada con mi representada estuvo cubierta contra riesgos de invalidez y muerte y el hecho de que no hayan acaecido tales riesgos, estando protegida al 100% frente a los mismos, aunado a que ya no estaban en poder de la AFP, al haber sido trasladados a un tercero de buena fe, en este caso la aseguradora que ha estado pues 100% dispuesta a cubrir en dado caso que se incurra en dichos riesgos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora SANDRA LUENGAS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 22 de abril de 1994, como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA L'VENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se verifica de copia del mismo, allegado por la demandada en mención, en cumplimiento de requerimiento efectuado por el juzgador de primer grado.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA LUENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A. ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Sandra Luengas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue libre y voluntaria como lo manifiesta esta AFP en su recurso alegaciones, como quiera que la actora no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA L'VENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., este ha sido enfático en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Sandra, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA LVENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no se puede considerar libre y voluntario; circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado respecto de la declaratoria de ineficacia y sus consecuencias.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100089-01 Dte: SANDRA L'UENGAS APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2018-528-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ en representación de CYNDIA

PATRICIA MOLANO VÁSQUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alejandra Boada Rojas, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandante y las de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, que solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La señora MARÍA MATILDE VÁSQUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral actuando en nombre y representación de su hija Cyndia Patricia Molano con el fin de que se DECLARE nulidad absoluta del acto de afiliación por medio del cual el Señor Jesús María Molano se trasladó del RPM al RAIS, debido al error y falta de información en que se indujo al suscribir tal afiliación, que nunca estuvo afiliado al RAIS; como consecuencia de tales declaraciones petitiona que el señor Jesús debe registrarse como afiliado del RPM, condenando a Colpensiones a aceptar su traslado y a Protección S.A., a trasladar a esta última el valor total de los dineros que reposan en la CAI del causante, condenando a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor pensión de sobreviviente en cuantía del 100% a su favor en calidad de hija del causante, estando representada por la señora María Vásquez Úsuga a partir el 9 de enero de 2006, fecha de fallecimiento del asegurado, conforme al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Jesús María Molano nació el 3 de octubre de 1951, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, que falleció el 9 de enero de 2006 e inició su vida laboral en el año 1970, al para los riesgos de IVM al ISS y al 5 de junio de 2017 registraba 825 semanas de cotización que entre el 1 de octubre de 1999 al 1 de agosto de 2001 cotizó a favor de Protección S.A., fondo en el que acumuló 94 semanas, cotizando al sistema pensional un total de 920 semanas, por lo que indica que si el señor Jesús hubiera continuado afiliado al RPM sería beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 que exige 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, presupuesto este último que alcanzó el señor Jesús como quiera que cotizó 505 semanas entre el 3 de octubre de 1991 al 3 de octubre de 2011.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Indica que contrajo matrimonio con el señor Jesús el 30 de octubre de 1976, data desde la cual compartieron techo, lecho y mesa de manera permanente hasta el 30 de noviembre de 2001, que de dicha unión procrearon 4 hijos, entre ellos Cyndia Patricia Molano quien desde su nacimiento padece síndrome de down y fue declarada mediante decisión judicial discapacitada mental absoluta, por lo que ella en su calidad de madre de la menor, fue designada como curadora legítima de esta, que Cyndia cuenta con 41 años de edad.

Refiere que Protección el 12 de abril de 2017, le informó que el señor Jesús estuvo afiliado a esa AFP desde el 1 de diciembre de 1999, por lo que solicitó ante esta copia del formulario de afiliación, el que no le fuera suministrado, que esa AFP, no acredita que la afiliación del causante al RAIS, fue libre, espontánea como tampoco que se le hubiera proporcionando la información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones de su traslado de régimen, lo que implica que dicha afiliación es nula y más aun cuando dicho traslado de régimen implicó la pérdida de los beneficios el régimen de transición del que era beneficiario el causante.

Señala por último que elevó petición el 19 de julio de 2018 solicitando a Protección la nulidad del traslado del señor Jesús, a lo que esta le indicó que dicha afiliación se presumía válida, igual solicitud elevó a Colpensiones junto con petición de reconocimiento pensional de sobreviviente a favor de su hija bajo los apremios del régimen de transición, la que le fue negada por dicha administradora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 6, 9 a 10, 31, 37 a 40, 43 y 44 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

procedencia de pago de costas en entidades de seguridad social del orden público.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 a 3, 18 a 25, 34 a 36 y 41, manifestó no constarle los No. 4 a 7, 11 a 14, 16, 37 a 40 y 43 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por activa, presunción de validez del contrato suscrito entre el afiliado y Protección S.A., buena fe y prescripción.

La vinculada Mónica Andrea Molano, no se opuso ni se allanó a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1 a 5, 12, 35, 36 y 41, negó el No. 13 y manifestó no constarle los demás. No propuso medio exceptivo alguno.

De igual forma, la vinculada Zenaida Beltrán Duarte, contestó aceptando los hechos contenidos en numerales 1 a 3, 5, 12, 15, 16, 35, 36 y 41; negó el No. 13 y manifestó no constarle los demás, se opuso a las pretensiones encaminadas a la anulación de traslado y el reconocimiento pensional deprecado; no propuso excepciones de mérito.

El convocado como litisconsorte Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en No. 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a Colpensiones y Protección de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que había quedado probado que el señor Jesús se había trasladado del ISS a Davivir hoy Protección el 07/10/1999, que contaba con 42 años de edad a 1 de abril de 1994, por lo que para dicha data era beneficiario del régimen de transición profesional previsto en la Ley 100 de 1993 por razón de edad pero no por tiempo de cotizaciones pues a dicha data no acreditaba 15 años de servicios, que en el formulario de afiliación suscrito ante Davivir por el señor Jesús, se consignó que para esa data devengaba como salario la suma de \$ 236,460 que es equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para esa fecha, que tenía un contrato de trabajo a término indefinido, que se trata de un trabajador dependiente, que había cotizado al ISS más de 850 semanas y en Protección S.A., registraba aportes durante aproximadamente 90 semanas.

Señaló que el artículo 12 de Ley 100 de 1993 regulaba la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten pues las personas que cumplan los requisitos planes y afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazados por las entidades administradoras del mismo, proscribiéndose la práctica de conductas susceptibles de ser calificadas como de selección inversa por virtud de las cuales los fondos privados administrados las AFP puedan seleccionar a los afiliados que les resulten más rentables en detrimento del derecho a la igualdad, que en tal escenario, era obligación de las AFP aceptar a toda persona que concurra a ellos con el fin de afiliarse a menos que se encuentren enmarcadas dentro de las previsiones del artículo 61 de la ley 100 de 1993, esto es, excluidas del RAIS por ser pensionados por invalidez del ISS o por cualquier fondo caja o entidad sector público, como también quienes al entrar en vigencia el sistema cuenten con 55 más años de edad si son hombres, 50 o más en el caso de las mujeres; para lo cual señaló que la afiliación del señor Jesús no se enmarcaba dentro de las excepciones para pertenecer al RAIS, ni para que su afiliación fuera rechazada o desincentivada.

Indicó que el señor Jesús era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 por razones de edad, siendo claro que su la afiliación al RAIS comportaba la pérdida de dicho régimen transicional,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

aún en el escenario en que en algún momento retornará al RPM, sin que existiera ninguna prohibición para que las AFP rechazar la afiliación de personas amparadas por el régimen de transición; que conforme el artículo 271 de la Ley 100 de de 1993, el empleador en general cualquier persona natural o jurídica que impidan el libre derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de Seguridad Social integral, se hará acreedor de las sanciones allí previstas, quedando dicha afiliación efecto y pudiéndose realizar nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que suponía que el trabajador que ejerce la determinación luego de la eventual declaratoria de ineficacia debe estar vivo para que válidamente pueda ejercer de manera libre y espontánea la selección correspondiente, lo que no acontecía para el caso bajo estudio ya que el afiliado se encontraba fallecido, sin que se generaran las condiciones para que a sus beneficiarios se le otorgaran reconocimientos prestacionales distintos a los que se acreditaban en el informativo, siendo claro que conforme las preceptivas del artículo 271 en cita, las consecuencias allí previstas se deprecaban respecto del afiliado vivo y más cuando se aducía un vicio en el consentimiento de este, sin que en le proceso no obrara ninguna prueba de que la afiliación del señor Jesús al RAIS, hubiera estado provista de algún vicio en su consentimiento, o de conductas fraudulentas tendenciosas o de mala fe tendientes a causarle un perjuicio de cara a la estructuración de un eventual derecho pensional que se pudiera causar.

Lo anterior por cuanto el causante se había afiliado al RAIS en 1999, teniendo para dicha data una densidad de semanas particularmente representativa en el RPM, las que superaban las 850, por lo que en el marco del régimen de transición para alcanzar 1000 semanas de cotización le haría falta aproximadamente unos 3 años, pero en cuanto al requisito de la edad le hacía falta para 1999 aproximadamente 10 o 11 años hacia el futuro. Por lo que podría deducirse que el afiliarse al RAIS comportaba un error, una decisión equivocada pues al cotizar 3 años evidentemente el afiliado podría quedarse esperando al cumplimiento de la edad para acceder a la prestación en una cuantía equivalente al salario mínimo legal; no obstante lo anterior revisado igualmente el reporte de semanas cotizadas en pensiones al RAIS, se advertía



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que el causante había efectuado y de ahí en adelante no mostró el más mínimo interés a pesar de que ya estaba próximo a completar la densidad de 1000 semanas cotizadas transcurriendo desde el año 2001 y hasta la fecha del fallecimiento aproximadamente unos 5 años en los que no se advertía el interés del causante de completar los requisitos correspondientes, por lo que atendiendo las reglas de la experiencia, se podía deducir que estaba esperando dentro una eventual devolución de saldos que fue lo que en últimas aconteció en favor de sus beneficiarios, aspecto respecto del cual trajo a colación, la sentencia SL 353752 de la Corte Suprema de Justicia, en la que aludió a los actos de relacionamiento como determinantes del proceso de afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales, providencia en la que se destacó que el comportamiento del afiliado con el paso del tiempo frente al sistema puede dar a entender su intención o su interés de permanecer en el que se encuentra afiliado y analizando las circunstancias particulares del caso del causante, si bien es cierto era beneficiario del régimen de transición manifestó su interés de afiliarse al RAIS, régimen en el que permaneció hasta el momento del fallecimiento, es más, cotizó a este desde el año 2001 y a pesar de que tenía la posibilidad eventualmente de completar las 1000 y retornar al RPM dentro de la oportunidad legalmente establecida para este efecto, para dicha data, no existían las mismas restricciones que ahora se establecían en la Ley 797 del 2003, pudiendo permanecer 3 años en el RAIS, luego de los cuales podía retornar al RPM no advirtiéndose que desde 1999 hasta la fecha de su fallecimiento hubiera desplegado alguna actividad tendiente a obtener su retorno al RPM, o hubiera manifestado alguna inconformidad respecto de las condiciones en que fue vinculado al RAIS denotando a través de estas conductas o actos de relacionamiento su interés de permanecer en el RAIS, no evidenciándose causa alguna que amerite la declaratoria de nulidad o ineficacia post mortem de la afiliación del causante al RAIS, por lo que no había lugar a acceder a dicha pretensión y de contera a la encaminada al reconocimiento pensional.

Indicó que respecto de la eventual devolución de saldos que operó para el caso bajo estudio, si bien es cierto existían pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde ha prosperado la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUQA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pretensión relacionada con la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, por una eventual omisión que información, en tales casos, había mediado la manifestación correspondiente por parte del afiliado, quién es el en últimas el que ejerce en potencialidad su derecho de libre elección y de adelantar las acciones pertinentes cuando vea afectado de alguna manera ese mecanismo y sus causahabientes, no estarían legitimados en la causa por activa ya que no tienen la potestad de disponer de ese derecho del afiliado y no existe un precedente al respecto frente al fallecimiento del afiliado y la declaratoria de nulidad post mortem.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, indicó que la sentencia desconocía la línea jurisprudencial proferida al respecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, criterio esbozado entre otras en decisiones SL 1452 2019, SL 19447 de 2017, 4989 de 2018 y demás ya que señala que para la fecha en la que se trasladó no existía ninguna restricción de la afiliación del mismo y que la demandante representada por la señora María Matilde no se encuentra legitimada para reclamar la acción o la nulidad significación reclamar; en tal sentido, se equivoca el juzgador de primer grado como quiera que la demandante si está legitimada para reclamar la nulidad de traslado del causante independientemente de que el afiliado no esté vivo, ya que el derecho que se deriva de tal nulidad, tiene un rango constitucional, resulta ser imprescriptible, no puede ser abolido para su derechohabiente, en este caso quien tiene una condición especial, por lo que a pesar de que el sujeto activo se encuentra fallecido su causahabiente en este caso Cynthia tiene toda la legitimación respecto de la pretensión principal.

Indicó como segundo reparo que la afirmación del juez según la cual el señor Jesús quería permanecer en el RAIS como quiera que aspiraba a una devolución de saldos, dejaba de lado que este era beneficiario del régimen de transición, pudiéndosele aplicar a su situación pensional el Decreto 758 de 1990 que no sólo indica que se hubiera podido pensionar con 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo sino también con 500 semanas,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUQA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

encontrándose que para el caso del señor Jesús, entre el 03/10/91 y el 20/01/2006 el señor había dejado cotizadas más de 505 semanas lo que implicaba que realmente la intención del señor Jesús no era una devolución de saldos porque debió haber tenido claro que ya tenía cotizadas esas semanas para una pensión, lo que acreditaba la falta de información profesional por parte del fondo privado cuando trasladó al causante, ya que no se le puso de presente que siendo beneficiario del régimen de transición con las semanas que él tenía cotizadas estaba ad portas de acceder a reconocimiento pensional, no siendo posible afirmar que quería permanecer en el RAIS, cuando nunca se le pusieron de presente las implicaciones de dicho traslado y las consecuencias adversas de dicha decisión, ya que falleció sin tener conocimiento que estaba cerca de adquirir derecho pensional, sustrayéndose el juzgador de primer grado de verificar si en efecto al causante se le brindó información necesaria, objetiva sobre las reales características y riesgos de traslado como podemos, no se le indicó que era beneficiario del régimen de transición y que tal condición tenía un valor agregado específicamente para el caso del cumplimiento de la edad y densidad de semanas; con ello el juzgador invirtió la carga de la prueba no a favor de la parte demandante como lo ha señalado la jurisprudencia, sino a favor de la AFP que promovió el traslado del señor Jesús.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA MATILDE VÁSQUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara el señor JESÚS MARÍA MOLANO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito el entonces Davivir hoy Protección S.A., el 7 de octubre de 1999, como se verifica de copia de formulario de afiliación aportado por esta última en expediente digital.

En este orden, como bien lo indica la recurrente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del **afiliado** del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa **sobre las condiciones específicas de su situación pensional**, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUÑA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente, en efecto se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Jesús María Molano, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., a la que se trasladó para la época el hoy fallecido señor Jesús, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por el juez de primer grado, no era de resorte probar en caso de que el señor Jesús estuviera vivo vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

No obstante lo anterior y a pesar de que no obra prueba del cumplimiento del deber de información antedicho frente al señor Jesús María Molano, como lo indica la parte recurrente también en sus alegaciones, lo cierto es que la línea jurisprudencial a que se alude, contempla la consecuencia de la ineficacia del traslado ante la omisión del deber de información de cara al **afiliado**, no pudiéndose derivar tales consecuencias respecto del señor Jesús María Molano, quien dejó de ostentar tal calidad por virtud de su fallecimiento.

Dicha circunstancia fue reiterada en sentencia SL1019 de 2022 M.P. Luis Benedicto Herrera, oportunidad en la que el órgano de cierre de esta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurisdicción reiteró que la ineficacia de afiliación tiene cabida entre otras cuando se lesiona el derecho pensional del **afiliado**, pronunciándose de dicha forma:

En ese orden, la Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019, determinó en qué casos existirá ineficacia de la afiliación, precisando que tal figura operará cuando quiera que:

*i) **la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado**, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*

Conforme lo señalado en precedencia, de entrada se advierte la improcedencia de la pretensión principal puesta a consideración de esta Sala, dado que tal posibilidad de traslado, opera respecto del afiliado, calidad que dejó de ostentar se itera, el señor Jesús Molano cuando falleció; siendo que la misma se adquiere a través de la afiliación al sistema pensional entendida esta como el vínculo que se configura entre el afiliado y la administradora pensional en el que también interviene el empleador, pues a su cargo está la obligación de efectuar la cotización a favor del empleado en la proporción que le corresponde, para el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, esto con el fin último de acceder a una de las prestaciones que cubren los riesgos en mención otorgadas por el sistema de seguridad social en pensiones creado por la Ley 100 de 1993.

Por lo dicho y como lo señaló la decisión de primer grado, al único que le compete elevar las inconformidades respecto de la afiliación es al mismo afiliado, pues contrario a lo indicado por la parte recurrente, los derechos pensionales que indica se radicaron en cabeza del causante, no la legitiman para alegar la ineficacia de una afiliación que es de carácter personalísima, ya que como se señaló en precedencia, se desprende con claridad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regula la libre escogencia del régimen pensional por parte del afiliado y los parámetros que debe observar para el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

traslado entre estos, que tal relación de afiliación se predica únicamente respecto del afiliado, pues basta con la simple lectura de dicho precepto legal para reafirmar tal postulado, como quiera que los literales a) al e), del artículo en mención, son claros en hacer énfasis respecto de los efectos de la afiliación y la escogencia del régimen pensional cuando sé es afiliado al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, habrá de **confirmarse** la decisión de primer grado, ante la falta de legitimación de la demandante para alegar la ineficacia de traslado de régimen pensional ya que conforme el estudio antes efectuado, tal facultad se encuentra únicamente en cabeza del señor Jesús Molano, quien se encuentra fallecido; determinándose igualmente la improcedencia de las pretensiones derivadas de la ineficacia alegada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforma la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38201800528-01 Dte: MARÍA MATILDE VÁSQUEZ ÚSUGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-670-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA CECILIA GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora DIANA MILENA ROMERO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Protección y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA CECILIA GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado al RAIS el 1 de marzo de 1997 proveniente del ISS a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colfondos; como consecuencia de tal declaración solicita se ordene a Protección S.A., Old Mutual Pensiones y Cesantías y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en su CAI, Junto con rendimientos financieros y bonos pensionales, ordenando a Colpensiones realizar todas las gestiones encaminadas a anular dicho traslado de régimen, recibirla en dicha administradora sin solución de continuidad.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando nació el 18 de agosto de 1965, que el 1 de marzo de 1997, se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., posteriormente a Old Mutual y a Protección S.A., decisión que aparentemente fue libre y voluntaria pero no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de Colfondos S.A., ya que la información fue nula, sin que se le diera a conocer las ventajas y desventajas de dicho acto de traslado, que previo a este cotizó 583 semanas y en los dos regímenes ha cotizado un total de 1790 semanas, señala que Colfondos S.A., no le informó sobre la imposibilidad de retornar al RPM cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse.

Afirma que solicitó a Old Mutual, Protección, Colpensiones y Colfondos la nulidad de su traslado al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, SKANDIA AFP, antes Old mutual; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pago y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORIA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

regresar al RPM, prescripción, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Protección S.A., de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1, 3 y 11, negó los No. 4 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora GLORIA CECILIA GARCÍA del RPM al RAIS a través de Protección S.A., con efectividad a partir del 1 de mayo de 1997, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPM

SEGUNDO: CONDENAR a Protección a que transfiera a Colpensiones los gastos de administración que recibió durante el periodo de afiliación de la demandante, es decir, desde el 1 de mayo de 1997 al 30 de junio de 2004 debidamente indexados.

TERCERO: CONDENAR a Old Mutual a que transfiera a Colpensiones los gastos de administración que recibió durante el periodo de afiliación de la demandante, es decir, desde el 1 de julio de 2004 al 31 de diciembre de 2008 debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a Colfondos S.A., siendo la última entidad a que transfiera al RPM todas las sumas de dinero que obren en la CAI de la demandante junto con rendimientos y comisiones por administración (estas últimas indexadas).

QUINTO: ORDENAR a Protección S.A., Old Mutual y Colfondos no realizar descuento alguno por sumas de dinero que hayan pagado durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante por seguros e invalidez, sobrevivientes o garantía de pensión mínima.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones reciba todos los dineros que tratan los numerales anteriores y reactive la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

OCTAVO: CONDENAR A Protección, Old Mutual y Colfondos al pago de costas

NOVENO: AUTORIZAR a Colpensiones para que inicie las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz en esta audiencia. (...).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

El problema jurídico consiste en determinar si el traslado que hizo la demandante de régimen de prima media a individual a través de Protección y con fecha efectiva a partir del 1 de junio del 1996 fue libre y voluntaria tal como lo probó el art 13 de la ley 100 del 93 el mismo resulta ineficaz entre la inobservancia de dicho precepto, así mismo estudiar los demás traslados que se hicieron dentro de dicho régimen.

El despacho pasa a resolver el problema jurídico abordando tres ítems a saber el primero; En que consiste en esa expresión de libre y voluntaria que establece el Art 13, el segundo, la carga de la prueba y el tercero, el caso en concreto.

Para abordar estos ítems el despacho se basara en las siguientes sentencias: 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 1552 de 2019, SL 1688 de 2019, SL881 de 2020, SL985 de 2020, STL59356, STL59476 estas del 2020 y la STP2082 del 2019. Entonces el primer ítem es decir en que consiste esa decisión libre y voluntaria el despacho debe señalar que se trata o cuando la norma establece eso va mas allá y es no en el sentido que se haya suscrito ese formulario sin una presión, sin una fuerza sino que debe estar antecedido esa suscripción del formulario de una debida información que debe adecuarse dependiendo la norma que se encuentre vigente en el momento en que se hiciera las afiliaciones, en ese orden desde la ley 100 del 93 las entidades administradoras han tenido la obligación de dar una información conforme al principio de transparencia tal como lo establece el decreto 663 del 93 y bajo ese principio de transparencia se debe señalar que una información idónea y que una afiliación es libre y voluntaria cuando se ha dado una explicación de manera objetiva, completa comparada y comprensible a ese potencial afiliado al momento de la afiliación y en eso el despacho debe señalar que cuando la norma habla y así lo ha desarrollado la jurisprudencia, que es una explicación objetiva no se trata única y exclusivamente de brindar las bondades que tiene el régimen de ahorro individual sino establecer conforme a la situación fáctica que establece ese afiliado, si le conviene o no le conviene usar, irlle desarrollando el camino que debe cruzar para llegar a la pensión dependiendo y reitera el despacho la situación fáctica que rodea ese potencial afiliado, en contraste con el régimen de prima media y la información comparada, porque una información comparada porque se trata de un traslado de régimen es decir se debe explicar al potencial afiliado que es lo que tiene en esos momentos, como va adquirir ese derecho pensional en el momento en que se hace el traslado y como lo va adquirir con este nuevo servicio que se le está ofreciendo y en ese orden para que solamente para que la persona pueda entender que efectivamente le conviene debe hacerse una comparación porque no puede entender cuáles son las implicaciones que el cambio le traería en su derecho pensional y comprensible bajo lo entendido y así lo señala la jurisprudencia que se está abordando a un lego en la materia.

La carga de la prueba le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones en estos casos porque basándonos en dos normas, el artículo 1604 del código civil que establece que la parte del contrato queda abierta y no es otra que la administradora de fondos que aborda a este afiliado para tratar de convencerlo de afiliarse a ese régimen individual y es la que conoce el servicio que ofrece tanto ella como su competidora que es el régimen de prima media. También existe una norma procesal que es el artículo 167 del código general del proceso que se indica que cuando se alega la negación indefinida como estos casos que es no me dieron esa información que establece el artículo 13, le corresponde probar a la parte contra quien se alega en este caso la parte demandada Protección y traer las pruebas que ilustren como fue ese escenario de afiliación del demandante y si esa información cumple con el principio de transparencia que se exigía desde la ley 100 del 93 esto independientemente si se trata de una persona que hace parte del régimen de transición o tiene una expectativa legítima o no la tiene y así también lo ha entendido la corte suprema de justicia específicamente en la sentencia SL1688 del 2019 fue cuando ya se empezó a decir mire esto no se aplica única y exclusivamente para las personas que tienen régimen de transición pero ha cobrado mayor fuerza con las sentencias que se han dado en la Sala Laboral y la Sala Penal, para llegar a la conclusión que no hay porque hacer distinción y estas reglas se aplican para todas las personas que se trasladan del RPM al RAIS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La conclusión es muy sencilla si la norma no hace distinción el juzgador no puede hacer distinción y son los mismos requisitos que se exigen para el que se traslada con uno o dos días de haber cotizado al seguro social como el que se traslada en este caso con más de 500 semanas. En el caso concreto para aplicar ya los dos conceptos que ya se estudiaron el despacho debe señalar que Protección no cumple con las cargas de prueba que le impone tanto las normas sustanciales como las normas procesales, en el despacho aparece dos pruebas una que es el formulario de afiliación a Old Mutual, administradora que fue la única que lo aportó ya que ni Colfondos ni Protección aportaron tal prueba; siendo enfática la jurisprudencia en manifestar que la firma del formulario no es suficiente para dar por cumplido el deber de información y cada una de las convocadas había tenido la oportunidad de demostrar el debido suministro de dicha información a la demandante, administradoras que conforme a la fecha de afiliación de la demandante, habían tenido la oportunidad de manifestarle el derecho de retracto con que contaba para retornar al RPM, el interrogatorio de parte vertido por la demandante, no surte el efecto pretendido por las demandadas ya que no se logró confesión alguna en cuanto al suministro de información a la demandante, quien en el momento de traslado, contaba con una densidad de semanas considerable, más de 500, circunstancia que se le debió haber puesto de presente a esta.

En ese orden de ideas, el despacho entonces declarará la ineficacia en el presente asunto de la afiliación es decir accederá a las pretensiones de la demanda ordenándole a Colfondos que remita a Colpensiones los dineros que obre en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y comisiones por administración sin que le sea descontado dinero alguno que haya pagado por pensión de invalidez o pensión de sobreviviente todo con destino a Colpensiones, ordenando a los demás fondos demandados igualmente a devolver a Colpensiones lo descontado por gastos de administración durante la vigencia de la afiliación de la demandante a estos, debiéndose ordenar a la administradora del RPM recibir los dineros objeto de traslado y reactivar la afiliación que en su momento tenía la demandante al RPM sin solución de continuidad; con estas mismas consideraciones el despacho declara no probadas las excepciones propuestas por las demandadas las que estaban tendientes a deruir la pretensión principal, respecto a la ratificación así como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede haber ratificación por el paso del tiempo no se puede ratificar un contrato que no produjo efectos jurídicos y frente a la prescripción el despacho debe señalar que al estar implícitamente ligada al principio de la acción de ineficacia al derecho pensional que se cobija bajo esa prerrogativa es decir que es imprescriptible y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el que señala que la única prescripción que se toma en el presente asunto es la trienal y cuando se pide el reconocimiento de la pensión lo dijo la corte en otra sentencia reciente que es la SL2035 del 2020.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección**, indicó en su recurso que si bien había duda frente a la fecha de vinculación de la demandante a Colmena hoy Protección no ocurría lo propio respecto a que dicha administradora, entonces Santander fue el primer fondo de pensiones en el se afilió la demandante proveniente del RPM, señaló que esa AFP no contaba con ningún dinero por motivo de la afiliación de la demandante como quiera que el mismo fue objeto de traslado al siguiente fondo del RAIS a que se afilió la demandante, por lo que le resultaba imposible el cumplimiento de la sentencia incluso con cargo a su propio patrimonio.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Indicó que para el caso de la demandante, no se podía ordenar su retorno al RPM por virtud de la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, ya que se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de reconocimiento pensional, que si bien la actora había señalado en su interrogatorio de parte que no se le dio la información referente a su traslado, ella misma indicó que su vinculación no tuvo que ver nada directamente con el fondo sino porque su empleador del momento le impuso la afiliación a esa AFP, de lo que se concluye que dicha entidad actuó de buena fe, no siendo procedente la devolución de ninguna suma por concepto alguno ni con cargo a sus propios recursos, ya que dichos rubros son descuentos autorizados por la Ley y devolverlos implica la sobre remuneración injustificada para Colpensiones y la parte demandante, ya que dichos rubros también entraron al patrimonio de terceros.

Señaló que el traslado de la demandante perturbaría la estabilidad financiera y económica del SGP d y del RAIS al que ha estado afiliada la actora por más de 20 años y ha dispuesto los porcentajes que la ley dispone para los gastos de administración, fondo de pensión mínima; no obstante estos no se han previstos en el RPM, donde las pensiones que se pagan a la actualidad se financia con los aportes de fondo común de los afiliados sin que haya un rendimiento financiero como en el RAIS, lo que agravaría la sostenibilidad del SGP, ya que ordenar la devolución de dichos rubros a Protección sería como reconocer una póliza sin fundamentos o sin que se materializara ningún siniestro, señaló frente a la condena en costas que Protección había actuado de buena fe y en estricto apego a derecho por cuanto no hay normatividad legal que le autorice a realizar un traslado de régimen pensional, salvo los presupuestos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010, lo que no es el caso de la demandante, siendo la afiliada quien debe informarse acerca de su situación pensional.

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso que el traslado de la demandante se había realizado de manera libre y voluntaria haciendo uso del derecho descrito en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido una presión o engaño por parte de la administradora al momento de la afiliación, además la demandante había tenido la oportunidad de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORIA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

retornar al RPM desde 1997, sin que desde dicha data hubiera presentado alguna solicitud o reclamación en donde elevara alguna inconformidad respecto a la administración de su cuenta individual, lo que solo hizo hasta el año 2019, cuando ya contaba con 53 años, encontrándose inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, indicó que conforme el Decreto 2241 el 2010, mediante el cual se reglamenta el régimen del consumidor financiero, no sólo impone un deber a las administradoras respecto a las condiciones y características del RAIS, sino que también impone un deber a los usuarios de concurrir ilustrados al momento de su escogencia del régimen o solicitar la información que requieran; sin embargo para el caso de la demandante, se había demostrado a lo largo del proceso que no solamente realizó una sino varias afiliaciones o traslados horizontales dentro del RAIS, por lo que su traslado a ese régimen, se encuentra plenamente ratificado y se encuentra saneada cualquier inconsistencia que hubiera existido al momento de su afiliación primigenia no habiendo posibilidad de su retorno al RPM, por existir prohibición legal para el efecto.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA GARCÍA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de manera primigenia con Protección S.A., AFP que como bien adujo la juzgadora de primer grado, no aportó formulario de afiliación, no obstante se determinó que dicho acto se hizo efectivo el 1 de mayo de 1997, cuestión que fuera aceptada por esa AFP como lo reafirma en su recurso.

En este orden, como quiera que se peticiona la declaratoria ineficacia de traslado de régimen pensional, se tiene que dicha figura ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Gloria García, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS
en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., fondo al que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, lo que lleva a determinar que el traslado de la demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que este no conocía las implicaciones del mismo, que se debía brindar a pesar de que como lo indicara la recurrente Protección el traslado de la demandante hubiera sido promovido por su empleador de la época, ya que tal circunstancia, no la releva de tal deber consagrado legalmente.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual la permanencia de la demandante en el RAIS y los traslados horizontales que quedó probado efectuó en dicho régimen, tienen la virtud de convalidar el que realizara ante Protección S.A., sin observancia del deber de información, ello por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber de información al que tantas veces se ha hecho alusión, lo que de igual forma determina que su permanencia en este régimen se reputa inexistencia por virtud de la ineficacia declarada y que se advierte, se confirmará en esta oportunidad, aspecto que fuera reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 5188 de 2021; siendo pertinente indicar que contrario a lo manifestado por Colpensiones y Protección en su recurso, nada le impide a la actora adelantar la acción judicial bajo estudio a pesar de encontrarse inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2002, ya que esta acción ostenta el carácter de **imprescriptible**, como se señalara en la decisión de primer grado, dada su relación intrínseca con los derechos pensionales que poseen igual característica.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de la demandada Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORJA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administración durante la vigencia de la afiliación de la demandante a dicha AFP, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos extunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Respecto de la condena en costas, no hay lugar a variar dicha decisión por cuanto Protección S.A., fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto, debiéndose **confirmar** la decisión en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900067001 Dte: GLORIA CECILIA GARCÍA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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



DEMANDANTE: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
DIAN

DEMANDADO: ALIANSALUD EPS

RADICADO: 2022-0082-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resuelve la sala el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 21 de mayo de 2021 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (fl.31)

Como fundamento de sus pretensiones expuso la entidad demandante que la servidora pública Meyra Enieth Vacca presta sus servicios a esa entidad desde el 25 de marzo de 1992 y hasta el 29 de abril de 2015, encontrándose afiliada a la Eps accionada, que para el mes de octubre del año 2012, la funcionaria utilizó los servicios de la Eps accionada, generando una licencia por enfermedad general de 5 días y la accionada no realizó el pago de la incapacidad por valor de \$294.156. (fl.2)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 21 de mayo de 2021, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud decidió NO ACCEDER a las pretensiones de demanda presentada.

Indicó la Superintendencia que conforme el salario devengado por la trabajadora, Aliansalud EPS había demostrado en el proceso que había efectuado el pago de la incapacidad reclamada, incluso por mayor valor al resultante de la liquidación de a misma y por ello la solicitud de la accionante resultaba improcedente. (fl. 31).

RECURSO DE APELACIÓN

La Entidad accionante presentó recurso de apelación en el cual adujo que si bien la liquidación de la incapacidad efectuada por la Superintendencia se encontraba ajustada a derecho, la accionada no había probado haber efectuado su pago, pues en ningún momento se corrió traslado alguno de la prueba mediante la cual se acreditara dicho pago y había quedado suficientemente demostrada la existencia de la incapacidad y el pago por parte del empleador cuyo reembolso se peticionaba junto con intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

La presente acción se inició con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

“ARTÍCULO 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.- Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

"e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En el presente caso se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal g) del artículo antes transcrito, en razón a que conforme se avizora en los antecedentes de esta decisión la demandante señala haber pagado el valor total de la incapacidad que le fue generada a una de sus servidoras.

En este caso la DIAN pretende que ALIANSALUD EPS pague a su favor la suma de \$294.156 generada por la incapacidad de la funcionaria Meiyra Vacca, frente a lo cual la EPS accionada señala que efectuó el pago de dicha incapacidad inclusive por un mayor valor.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1438 de 20118 prevé que “El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia 7

Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

Conforme lo expuesto ha señalado la Corte Constitucional que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, conforme al procedimiento allí previsto.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se observa que no existió reparo frente a la existencia de la incapacidad reclamada, observándose que como bien lo señala el recurrente en el presente no obra prueba el pago de dicha incapacidad por parte de la Eps a favor de la accionante, pues si bien la accionada allega junto con contestación una imagen que conforme su dicho acredita el pago de la incapacidad reclamada, el contenido de esta resulta ilegible, no pudiéndose establecer el pago efectivo de la suma deprecada, aunado a ello, la decisión de la Superintendencia no relaciona la prueba que lo llevó a concluir que el pago se había efectuado por parte de la accionada para proceder a su absolución; no obstante ello, se itera, se procedió a revisar el caudal probatorio sin que se logre determinar prueba del pago de la incapacidad reclamada.

Así las cosas, al no haber prueba fehaciente que acredite el pago del rubro reclamado, se **revocará** la decisión de primer grado para en su lugar condenar a la EPS accionada al pago de la incapacidad objeto del litigio.

Ahora bien, en cuanto a los intereses moratorios, se observa que en efecto el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de

incapacidades se debe efectuar por parte de la Eps en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la Eps obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.***

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).

Es así como para el caso en particular, se observa a folio 8 que la accionante reclamó ante la accionada el pago de la incapacidad objeto del litigio, comunicación que fue recibida por esta última el 16 de julio de 2017, por lo que en aplicación a la norma en cita, se condenará a la accionada a efectuar el pago de intereses moratorios a partir del 22 de julio de 2017 sobre el valor

del auxilio de incapacidad reclamado en cuantía que corresponda conforme liquidación de la misma que se realizara en primer grado y que no fuera objeto de reparo, intereses que se deben liquidar hasta la fecha en que se efectúe el pago del auxilio de incapacidad bajo estudio.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 21 de mayo de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Conciliación, para en su lugar **CONDENAR** a Aliansalud EPS a efectuar el pago de la incapacidad aquí reclamada en cuantía que le corresponda a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

SEGUNDO: CONDENAR a ALIANSALUD EPS, a efectuar el pago de intereses moratorios sobre la suma a reconocer por concepto de incapacidad objeto de condena desde el 22 de julio de 2017 y hasta que efectúe el pago de la misma, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: NILSSA STELLA TRIVIÑO

DEMANDADO: NUEVA EPS S.A.

RADICADO: 11001 22 05 000 2021 01565 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 30 de septiembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual no accedió a las súplicas de la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones la señora Nilssa Triviño, expuso que acudió en el mes de julio de 2018 a la Nueva EPS debido a un dolor de espalda, que tuvo cita con ortopedista quien le diagnosticó bursitis y le recetó medicamentos para tratar el dolor ordenándole fisioterapias de las cuales se realizó 3 y debido a que el dolor persistió solicitó cita a través del plan de medicina prepagada Colmedica, siendo atendida por el Dr. Rodrigo Pezantes, quien confirmó el diagnóstico, que el 14 de agosto de 2018 sufrió una caída en el hogar geriátrico y debido a su padecimiento de trastorno afectivo bipolar tuvo un episodio maniaco severo que requirió hospitalización en la clínica Nuestra Señora de la Paz por 2 semanas, siendo dada de alta el 6 de septiembre de 2018.

Que continuó el dolor de espalda por lo que fue atendida nuevamente por el doctor Rodrigo, quien la remitió con la doctora María Bedoya y ella a su vez, ordenó su hospitalización inmediata en el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, requiriendo la práctica de 2 cirugías realizadas por la profesional Bedoya y la que requirió materiales de osteosíntesis de alto costo.

Afirmó que estaba consciente de los procedimientos médicos más no de los costos que ello le implicaría ya que confiaba en que su plan de medicina prepagada y la afiliación con Nueva EPS cubriría el costo de los mismos, no obstante ello, Colmédica – Medicina Prepagada le negó el cubrimiento de ellos indicándole sobre la limitación en la cobertura y que tenía que sufragar la suma de \$51.580.755, los que no puede sufragar y considera que deben ser asumidos por el POS. (fls. 1 y 2).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 30 de septiembre de 2020, resolvió NO acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual señaló en síntesis que no se configuraban las conductas para concluir que la EPS accionada había negado de manera injustificada la atención de la patología de la demandante, como tampoco que haya sido negligente, ya que se había probado que el Hospital Universitario Fundación Santa Fe, había realizado el trámite ante la accionada de solicitud de materiales médico quirúrgicos 7 días después de realizada la primera cirugía a la accionante y 2 días después de realizada la segunda, evidenciándose que había sido la afiliada quien por voluntad propia había acudido a servicios médicos por el plan de medicina prepagada, no pudiéndose responsabilizar por ello a la EPS, ya que escapaba de toda razonabilidad que una afiliado contrate voluntariamente servicios médicos privados y tales gastos deban ser cubiertos por la EPS solo por el hecho de ser su asegurador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandante indicó que era una persona adulta mayor con diagnóstico de enfermedad psiquiátrica, siendo por ello sujeto de especial protección constitucional, por lo que solicita se ordene el reembolso de la suma de \$41.176.876 ya que de no ser así se le causaría un perjuicio grave; aunado a ello, señaló que la decisión impugnada confundía los diagnósticos de bursitis y el diagnóstico por caídas que la obligó a ingresar en el servicio de urgencias del Hospital Universitario Fundación Santa Fe, que en el expediente había quedado probado que al momento del ingreso a urgencias, se encontraba afiliada a Nueva Eps. (fl. 99)

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

*“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., **cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S.** para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”* (negrilla fuera del texto original)

Descendiendo al caso bajo estudio se observa de manera clara que los reembolsos reclamados en esta oportunidad por la accionante, no cumplen con los requisitos de la norma transcrita para que proceda el reconocimiento de los mismos, ya que como lo indica la sentencia apelada fue una decisión **libre y voluntaria** por parte de la demandante el haber acudido a la atención médica a través del plan de medicina prepagada que indica tiene con Colmedica, cuya atención generó los procedimientos quirúrgicos a que fue sometida y cuyo reembolso reclama, los que **no fueron autorizados por la Eps accionada**, pues no se evidencia en el plenario ninguna autorización expedida al efecto por parte de Nueva EPS, contrario sensu y como lo puso

de presente la decisión recurrida, dicha entidad fue notificada de los procedimientos quirúrgicos realizados a la demandante cuando estos **ya habían sido efectuados**, sin que se le hubiese dado la oportunidad siquiera de manifestarse al respecto.

Es así como contrario a lo señalado por el recurrente, el sólo padecimiento de una patología y su condición de persona de la tercera edad no implica que la EPS deba reconocer todos los gastos en que incurra el afiliado de manera **voluntaria** para el tratamiento de la misma, ya que se itera el reembolso únicamente procede cuando dichos servicios y procedimientos son autorizados por el médico tratante de la EPS, y hay omisión o demora injustificada de esta en proporcionarlos lo que no ocurre en esta oportunidad, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 30 de agosto de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .