REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-00097-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: BERTHA INELDA TRIANA RINCÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 las demandadas Protección S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de junio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora BERTHA INELDA TRIANA RINCÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD y/o INEFICACIA del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCION S.A. efectuado el 01 de diciembre de 1998 y el traslado efectuado a COLFONDOS S.A. a partir del 01 de septiembre de 2002. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros y el saldo de la cuenta de ahorro individual de la accionante realizados durante su vinculación; se condene a COLPENSIONES a recibir los dineros que le traslade COLFONDOS S.A. y a registrar en la historia laboral de la accionante la totalidad de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como pretensiones subsidiarias solicita se condene a la AFP PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. solidariamente responsable por los perjuicios que ocasionaron a la demandante por la omisión en la asesoría que debieron prestar al momento del traslado de régimen, los cuales se calculan en la suma de $328’483.188, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de agosto de 1962, por lo que cumplió los 57 años de edad en el año 2019; que por falta de asesoría se trasladó el 01 de diciembre de 1998 del RPMPD al RAIS administrado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.; que PROTECCION S.A. omitió informarle que la pensión que recibiría en el RAIS sería de un monto inferior a la que recibiría en el RPMPD y, que se le cobrarían unas comisiones

durante su permanencia en el RAIS; que no le realizó un cuadro comparativo al momento del traslado, ni le brindó una asesoría; que el 01 de marzo de 2001 se trasladó a la AFP ING hoy AFP PROTECCION S.A.; que la AFP ING tampoco le brindó una asesoría; que el 01 de septiembre de 2002 se trasladó a la AFP COLFONDOS, la cual tampoco le brindó asesoría; que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 35 y 36, dijo no constarle el 13, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 37, 38, 39, 40 y 43 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/p ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la genérica. (fls. 107 a 126).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 1 y 30, negó el 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 37 y 38 y dijo no constarle 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación, de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación, pago y la genérica. (fls. 151 a 165).

Finalmente, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 39, 40 y 43 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fl. 169 a 187).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de la señora BERTHA INELDA TRIANA RINCON del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Así mismo, se declara la ineficacia de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS.*
>
> ***SEGUNDO:*** *CONDENAR a la AFP COLFONDOS a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora* ***BERTHA INELDA TRIANA RINCON*** *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, conforme lo expuesto en* ***la parte motiva de esta providencia.***
>
> ***TERCERO:*** *CONDENAR a la AFP PROTECCION a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a dicha entidad, conforme lo expuesto en* ***la parte motiva de esta providencia.***
>
> ***CUARTO:*** ***CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora BERTHA INELDA TRIANA RINCON al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PRIVADAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS *las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCION Y LA AFP COLFONDOS.*

SEXTO: CONDENAR *a la demandada AFP PROTECCION en la suma de $1'000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES, ni a la AFP COLFONDOS toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PROTECCION." (fls. 195 a 196)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado. Que la carga probatoria recae en la AFP privada. Que la AFP PROTECCION no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, no siendo suficiente con la firma del formulario de traslado. Señaló que la falta de información no se sanea ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores, ni con los traslados dentro del RAIS. Ordena no sólo la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sino además las sumas descontadas a títulos de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Que la ineficacia del traslado no está 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.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que el traslado efectuado por la accionante al RAIS tiene plena validez, pues no se probó ni vicios del consentimiento, ni la omisión de la AFP de brindar la información requerida. Señala que la actora se trasladó de forma voluntaria y que se encuentra dentro de la prohibición establecida por el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 que señala que nadie puede trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez. Finalmente, indica que el traslado conlleva la descapitalización del sistema.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección** recurrió señalando que, su inconformidad radicaba únicamente respecto a la orden de trasladar las sumas descontadas a título de gastos de administración, por ser un descuento que se encuentra debidamente autorizado en la Ley 100 de 1993. Que dicho descuento se realizó en su momento como contraprestación a su buena gestión. Que no hay lugar a devolver esos dineros en razón a que se trata de valores ya causados. Que sobre los gastos de administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo que ni siquiera financia directamente la prestación económica por vejez.

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 Bertha Inelda Triana Rincón, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Protección, en el año 1998 (fl.131), así como los traslados posteriores que realizara dentro de dicho régimen a la AFP ING hoy AFP Protección el 04 de enero de 2001 (fl. 138) y a la AFP COLFONDOS el 15 de julio de 2002 (fl. 138), siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente, conforme aparece en el historial de vinculaciones del SIAFP. (fl. 138)

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada 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 señaló 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, que en casos como el que aquí se estudia, **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 de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño 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 y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Bertha Inelda Triana Rincón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la

demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que 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, indicando 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este o por los traslados horizontales dentro del RAIS, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se 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 las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado.

Adicionalmente, 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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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 pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, 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 1998,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Protección S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Protección, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"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)*

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, 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 incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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 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 incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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. 31-2020-00316-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ GABRIEL CANCHON ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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

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 la demandada Porvenir y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ GABRIEL CANCHON ACOSTA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 01 de mayo de 1999. Como consecuencia, solicita se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y recibir las sumas de dinero trasladadas por PORVENIR S.A., las cuales deberán trasladarse de manera indexada y, solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas en la cuenta de ahorro individual del afiliado y la diferencia entre los aportes que recibió y los que se debían realizar a COLPENSIONES, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas y gastos procesales. (fls. 1 a 2 archivo 01 Escrito demanda).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de julio de 1958; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 02 de febrero de 1978 en calidad de trabajador dependiente, alcanzando a cotizar en dicho régimen 942 semanas; que el 08 de abril de 1999 un asesor lo convenció de trasladarse a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. ofreciéndole que en dicha entidad obtendría una mejor

pensión, sin brindarle la información necesaria, completa y detallada para que pudiera tomar su decisión; que el traslado de régimen se hizo efectivo el 01 de mayo de 1999; que la firma de formulario de traslado de régimen se realizó en las instalaciones de la Empresa PROEMPAQUES LTDA en donde ejercía el cargo de laminador; que a noviembre de 2019 contaba con 1043 semanas cotizadas en el RAIS y en total 1985 semanas contabilizando las semanas cotizadas en el RPMPD; que cuando iba a cumplir la edad para poder acceder a una pensión se acercó a la AFP PORVENIR en donde le informaron que su mesada sería de un valor cercano al salario mínimo legal mensual vigente; que se acercó a COLPENSIONES encontrando que en dicha entidad el valor de su mesada sería superior; que solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.. (fls. 2 a 3 archivo 01 Escrito demanda).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 4, 5, 9, 10 y 12, dijo que no eran un hecho el 13 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 07 contestación de Porvenir).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 4, 5, 6, 12 y 13, negó el 8, dijo ser parcialmente cierto el 3, 10 y 15 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, buena fe y la genérica. (archivo 08 CONTESTACION COLPENSIONES).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad del traslado de régimen de JOSE GABRIEL CANCHON ACOSTA del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADIMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero correspondiente a gastos de administración, seguros, entre otros.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado de régimen.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.» (archivo 018. 2019-223 ACTA AUD. ART 80)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria se invierte y queda a cargo de la AFP PRIVADA. Indica que no se puede entender que la decisión fue libre si no se brindó la información necesaria, no siendo suficiente con la leyenda preimpresa que aparece en el formulario de afiliación. Afirma que para que el traslado sea válido debe estar precedido de la debida información. Que en el formulario ni siquiera se consignó que se le informó sobre el retracto. Indica que PORVENIR no acreditó haber cumplido con su deber de información en los términos señalados por la CSJ. Que procede la nulidad del traslado de régimen, por lo que PORVENIR deberá trasladar la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante

por concepto de aportes junto con sus intereses sin que le sea posible descontar suma alguna de dinero correspondiente a gastos de administración o seguros.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** recurrió señalando que, no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento por lo que el traslado de régimen no es nulo. Que el formulario firmado es un documento autentico donde se plasmó que la selección del régimen fue libre y voluntaria y sin presiones; documento que no fue tachado de falso por lo que no se le puede restar valor. Que no se puede hablar de nulidad pues no existe un objeto y causa ilícita. Que se debe tener en cuenta la conducta del demandante que permaneció en el RAIS por más de 20 años. Que cumplió con su carga probatoria pues aportó los documentos que tenía en su poder. Que la Ley 100 de 1993 establece que valores deben trasladarse al realizarse traslado de régimen. Que al ordenar la devolución de los gastos de administración se está configurando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Que la devolución de los gastos de administración si se debe ver afectada por el fenómeno de la prescripción, pues dichas sumas no financian la pensión.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor José Gabriel Canchon Acosta, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 1999 (fl.58 archivo 007. Contestación porvenir), entidad en la que se encuentra afiliado actualmente conforme lo certifica PORVENIR (fl. 59

archivo 007. Contestación porvenir).

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen y así lo declaró la falladora de primera instancia, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada 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 señaló 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, que en casos como el que aquí se estudia, **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 de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar**

las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño 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 del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor José Gabriel Canchon Acosta, 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 Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que 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, indicando 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de

afiliación suscrito por el actor en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se 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 las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó es que podía retirar su dinero cuando quisiera y que su dinero sería heredable.

Adicionalmente, 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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Porvenir en su recurso, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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."

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 1999,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, sin embargo teniendo en cuenta que la falladora de primera instancia declaró la nulidad del traslado se modificará el ordinal primero para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso y en sus alegaciones, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Porvenir, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

"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)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento

ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, 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 incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en el año de 1999 a través de la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A.**.

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 incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: 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. 31-2021-00049-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA DANDERINO PRIETO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PORVENIR quien solicita se confirme en su integridad el fallo apelado.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA LUCIA DANDERINO PRIETO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que declare la nulidad de la afiliación al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.. Como consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada cotizante; a PORVENIR S.A. a liberar de sus bases de datos a la actora y, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 001. DEMANDA).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 07 de noviembre de 1964; que empezó su vida laboral el 02 de enero de 1998 bajo el empleador REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, data para la cual se afilió al Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES; que el 28 de febrero de 2002 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; que el asesor del fondo privado le prometió beneficios como que podía pensionarse a más temprana edad, que el monto de su mesada sería más alto en dicho régimen y, que si no cumplía los requisitos para acceder a una pensión de vejez podía solicitar que le devolvieran el capital que tuviese acumulado en dicha fecha sin restricción alguna, además, de manifestarle que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo. Señala que no se le informó cual era el monto requerido para obtener una pensión de renta vitalicia bajo la modalidad de retiro programado, ni cuál era el capital

requerido para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado; ni el plazo que tenía para retornar al RPMPD, ni se le hizo una proyección de la pensión mostrándole las diferencias entre ambos regímenes. Indica que el formulario de afiliación no presenta la información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional. Finalmente, aduce que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 4 del archivo 001. DEMANDA).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1°, dijo no constarle el 2, 3, 4, 18 y 19 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 07 contestación de Porvenir).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el 1, 2, 3, 4, 17, 19 y 20, dijo ser parcialmente cierto el 12 y 14 y 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 Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, buena fe y la genérica. (archivo 008 Contestación COLPENSIONES).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas por la señora MARTHA LUCIA DANDERINO PRIETO a las demandadas* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandante* ***MARTHA LUCIA DANDERINO PRIETO*** *al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***TERCERO:*** *Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada." (archivo 017. 2021-049 Art. 80 acta Fallo)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó que inicialmente se había afiliado al ISS en febrero de 1994 cuando la vinculación inicial se dio en agosto de 1994. Que llama la atención que a todas las preguntas asertivas dice que no sin analizar lo que se le preguntaba. Que manifestó que recibió dos asesorías una cuando se afilió al ISS y otra en el año 2002 cuando se afilió a la AFP HORIZONTE. Que confesó que el asesor del fondo privado le informó que podía pensionarse antes de tiempo, que sus aportes eran heredables y que podía retirar el dinero aportado, lo cual es cierto, por lo que es claro que al momento del traslado si conocía las características de los regímenes pensionales, es decir, que sí recibió la información mínima. Señaló que como la demandante al momento del traslado sólo tenía 37 años y 114 semanas no era posible realizarle una proyección pensional en cada régimen. Indicó que al haber confesado que si recibió una asesoría al momento del traslado se debe absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando además que se apoyaba en el concepto dado por la Procuradora Delegada para asuntos laborales.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, el concepto de la Procuradora tiene dos argumentos: Primero, manifiesta que la demandante si conocía las características propias de ambos regímenes, lo cual confesado; por lo que solicita se escuche el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, pues no se pueden tomar extractos del interrogatorio, ignorando el contexto de la declaración rendida por la demandante. Indica que si bien la accionante dijo en el interrogatorio de parte que el asesor le manifestó algunos beneficios de trasladarse de régimen, lo cierto es que no se le explicó como obtener esos beneficios, ni las desventajas de su traslado.

El segundo argumento de la Procuradora es que casi no es creíble que la demandante haya dicho que no leyó el formulario de traslado, lo cual no es atendible, pues si consideraba que la demandante había faltado al juramento debió haber compulsado copias a la Fiscalía. Respecto al error en que se incurrió en la demanda en cuanto a la fecha inicial de afiliación, el artículo 53 de la CP habla de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Que del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que siempre le dijeron que los beneficios que tenía al trasladarse de régimen eran sin limitaciones, ni restricciones, no existiendo ninguna confesión por parte de la demandante. Que no es cierto que no se le pudiera hacer una proyección pensional por tener 37 años y 114 semanas. Que la CSJ ha indicado desde el año 2008 que no es necesaria ni la expectativa legitima, ni tener un derecho consolidado. Que la demandante cumple con los presupuestos dados por la CSJ para que se declare la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora Martha Lucia Danderino Prieto, se circunscribe a la declaratoria de

nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Horizonte hoy AFP PORVENIR, en el año 2002 (fl.16 archivo 002. PRUEBAS), entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es, que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada 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 señaló 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, que en casos como el que aquí se estudia, **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 de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño 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 del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Martha Lucia Danderino Prieto, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que 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, indicando 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que

en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

Y es que contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, la demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió la señora Martha Lucia, se evidencia que únicamente manifestó que el asesor de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR le informó que el Seguro Social se iba acabar; que sus aportes estaban en riesgo; que le mencionó beneficios de trasladarse a la AFP HORIZONTE como que se podía pensionar a cualquier edad; que si no quería pensionarse le devolvían sus aportes y que en caso de que falleciera sus aportes pasaban a sus beneficiarios sin limitaciones, ni restricciones; lo cual no es suficiente para entender que a la demandante se le brindara la información necesaria al momento del traslado, pues nótese que nada se le dijo sobre las características y diferencias de cada régimen, ni que necesitaba para pensionarse en cada uno de ellos, ni tampoco si existía alguna desventaja al trasladarse de régimen, ni siquiera se observa que se le haya estudiado su situación particular, por lo que no puede entenderse que la AFP HORIZONTE cumplió con su obligación de brindar una asesoría a la demandante al momento del traslado al RAIS.

Adicionalmente, el hecho de que la demandante responda de manera negativa las respuestas asertivas que se le formularon, no significa como lo indica la falladora de primera instancia que esté dando respuestas sin analizar lo que le están preguntando, pues con las respuestas dadas lo único que se observa es que la demandante afirma no haber recibido la información suficiente al momento del traslado, no existiendo ninguna prueba que permita derruir su dicho. Tampoco puede entenderse que la demandante conocía las características de cada régimen por haber recibido dos asesorías, una en el momento de afiliarse al seguro social y la otra cuando se trasladó al RAIS, pues independientemente de la asesoría brindada por el Seguro Social hoy Colpensiones, lo cierto es que era obligación de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR brindarle la

información en los términos señalados por la CSJ, lo cual no se probó que se hubiese realizado.

Tampoco es de recibo el dicho de la falladora de primera instancia quien indica que no era posible realizar una proyección pensional a la demandante, pues al momento del traslado únicamente contaba con 37 años de edad y 114 semanas, pues precisamente como su nombre lo indica. las proyecciones pensionales se realizan para las personas que aún no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión simulando que van a continuar cotizando de la misma forma en que lo han venido haciendo y que de seguir de así en cuanto les quedaría su pensión o que necesitarían para poder acceder a una pensión en cada régimen.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la parte demandante que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP HORIZONTE hoy AFP Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se 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 las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como ya se dijo, pues únicamente reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

Adicionalmente, 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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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."*

Así las cosas, 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 2002,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Martha Lucia Danderino Prieto a la AFP HORIZONTE hoy AFP Porvenir S.A., ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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.

Señalando además respecto de los gastos de administración, 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 SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"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)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

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.

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 en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Martha Lucia Danderino Prieto**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 28 de febrero de 2002, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Martha Lucia Danderino Prieto**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: 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. 28-2020-00114-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LILIANA MURCIA PAEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 la demandada Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PORVENIR quien solicita se revoque el fallo proferido en primera instancia, argumentando que no se cumplen los presupuestos para que se declare la ineficacia del traslado.

ANTECEDENTES

La señora LILIANA MURCIA PAEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; que declare como afiliación válida la efectuada al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante y a COLPENSIONES que contabilice para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 16 de agosto de 1961; se afilió al Sistema General de Pensiones al ISS el 09 de julio de 1991 cotizando a través del empleador "CAJA SECC CUND SEG SOCIALES"; en septiembre de 1998 siendo contratista de IDIME se trasladó al RAIS a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; al momento en que se trasladó de régimen no fue asesorado, ni informado por el fondo privado de una manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes y en general las implicaciones de su traslado. Indica que a la fecha de presentación de la demanda acredita un total de 1196 semana; que la proyección pensional realizada en cada régimen arroja que tiene derecho a una mesada superior en el RPMPD; que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fl. 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 8 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica. (CD fol. 75).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 4, 5, 7 y 8, aceptó el 9 y 10, dijo que el 3 era parcialmente cierto y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (CD fol. 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LILIANA MURCIA PAEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 25 de septiembre de 1998, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de*

administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LILIANA MURCIA PEREZ identificada con C.C. 35.469.685 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a activar a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar a su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se Señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.» (fls. 95 a 96)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria se invierte y queda a cargo de la AFP PRIVADA. Que no puede hablarse de nulidad pues la CSJ ha indicado que debe estudiarse desde la ineficacia. Indica que no se puede entender que la decisión fue libre si no se brindó la información necesaria, no siendo suficiente con la firma del formulario de afiliación. Afirma que para que el traslado sea válido debe estar precedido de la debida información. Indica que PORVENIR no acreditó haber cumplido con su deber de información en los términos señalados por la CSJ. Que procede la ineficacia del traslado de régimen, por lo que PORVENIR deberá trasladar la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus intereses sin que le sea posible descontar suma alguna de dinero correspondiente a gastos de administración o seguros. Que la declaratoria de ineficacia es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** recurrió solicitando se respete la voluntad de las partes y se le de el valor probatorio que merece el formulario de afiliación. Indica que en el año 1998

no era necesario el deber de información que hoy existe como una proyección pensional, por lo que la única prueba debe ser exigible es el formulario de afiliación. Indica que se entiende la voluntad de la demandante por el hecho de permanecer en el RAIS. Que se le está exigiendo un imposible jurídico. Que la inconformidad de la actora es lo concerniente a la mesada, pero que esto no es suficiente para que se declare la ineficacia. Que la demandante al firmar el formulario de afiliación aceptó todas las condiciones de vinculación al RAIS. Respecto de la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración, señaló que dicha devolución resulta contradictorio, pues si se declara la ineficacia del traslado y se pierden todos los efectos del traslado entonces no tendría derecho a que se devolvieran los rendimientos financieros; dice además, que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala que dichas sumas no hacen parte de la pensión y que los descuentos efectuados están respaldados en una normatividad legal. Que las sumas descontadas para los seguros previsionales ya fueron trasladadas a las aseguradores, por lo que no se puede ordenar su devolución, pues cubrieron un tiempo en el cual la demandante se encontraba asegurada para los riesgos de invalidez y muerte.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** impugnó la decisión argumentando básicamente que no se puede interpretar bajo la máxima de la jurisprudencia que existió un engaño por el transcurso del tiempo y percatarse cuando ya está a portas de acceder a una pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Liliana Murcia Paez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir, en el año 1998 (Cd fl.79), entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada 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 señaló 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, que en casos como el que aquí se estudia, **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 de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño 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 del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Liliana Murcia Páez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que 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, indicando 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados como lo manifiesta la AFP PORVENIR, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de

afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se 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 las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó es que era más seguro trasladarse a la AFP PORVENIR.

Adicionalmente, 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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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."

Así las cosas, 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 1998,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso, 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 SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

"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)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, 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 incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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 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 incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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. 20-2020-00338-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: AIDA LILIANA RAMÍREZ CASTILLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado sustituto 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 demandada Protección y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de julio de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora AIDA LILIANA RAMÍREZ CASTILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.. Como consecuencia, solicita se declare que se encuentra afiliada válidamente al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se condene a la AFP PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimiento durante su vinculación a la AFP privada; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 2020-338FL253 C).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de junio de 1964; desde el 28 de marzo de 1988 se afilió al RPMPD administrador por el Seguro Social; que en junio del año 2000 suscribió formulario de afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. con el cual se trasladó al RAIS; que al momento de trasladarse el fondo privado omitió explicarle las ventajas y desventajas que producirían su traslado; las diferencias entre ambos regímenes; ni le realizó una proyección pensional; que el asesor se limitó a crearle la falsa ilusión de que podría pensionarse antes de la edad mínima y con un monto superior al que podría pensionarse en el RPMPD; que ante la omisión en la información al momento del traslado, éste no obedeció a una verdadera, libre, voluntaria y plena manifestación de la voluntad; que con corte a junio de 2020 tenía acreditado 1522 semanas cotizadas; que solicitó la nulidad de su traslado, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 6 archivo 2020-338FL253 C).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 10 y 12, dijo ser parcialmente cierto el 14, no constarle el 2, 9, 11 y 15 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fls. 65 a 83 archivo 2020-338FL253 C).

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la genérica. (fls. 148 a 183 archivo 2020-338FL253 C).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora **AIDA LILIANA RAMIREZ CASTILLO** a la **AFP SANTANDER - ING hoy PROTECCIÓN S.A. el día 10 DE MAYO DE 2000 (fol. 93).**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.*

> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***AFP PROTECCIÓN S.A.****, a* ***DEVOLVER*** *la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada* ***AIDA LILIANA RAMIREZ CASTILLO,*** *junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMLMV, pagaderos a cuota parte****.***
>
> ***QUINTO****:* ***REMÍTASE*** *el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA.”*** *(fls. 250 a 253* archivo 2020-338FL253 C*)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que las pretensiones deben estudiarse desde la ineficacia del traslado y no desde la nulidad. Que la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION S.A. quien tenía la carga probatoria en este proceso, no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, pues la única prueba con la que se cuenta es el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado. Finalmente, indica que la declaratoria de ineficacia no prescribe.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PROTECCION S.A.** recurrió argumentando que las comisiones de administración son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993. Que en el expediente obra como prueba certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante donde se demuestra que los ahorros de la demandante tuvieron una ganancia, lo que indica que estuvieron bien administrados por la AFP privada. Indica que el Decreto 2555 de 2010 señala que los recursos deben ser administrados por las AFP y vigilados por la superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que la esta entidad en concepto del 17 de enero de 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen, debe trasladarse el dinero de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, respetando la destinación de los aportes para la gestión de

administración descontadas por la administradora y las primas de seguro previsional frente a las cuales opera el fenómeno de la prescripción, pues dichas sumas no financian directamente la pensión de vejez.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** impugnó la decisión argumentando que el traslado efectuado por la demandante tiene plena validez. Señala que no se probaron vicios del consentimiento y que la demandante se encuentra incursa en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual indica que no pueden trasladarse de régimen las personas que le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez. Señala que de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado solicita se ordene la devolución de todas las sumas recibidas por la AFP PROTECCION sin ninguna deducción. Finalmente, solicita no sea condenada en costas procesales de primera instancia, como quiera que la decisión de la demandante de trasladarse fue libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Aida Liliana Ramírez Castillo, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION, en el año 2000 (fl. 92 archivo 2020-338FL253 C), entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada 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 señaló 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, que en casos como el que aquí se estudia, **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 de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño 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 y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Aida Liliana Ramírez Castillo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su**

traslado en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora 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 y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que 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, indicando 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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se 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 las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

Adicionalmente, 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, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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."*

Así las cosas, 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 2000,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, conforme lo apelado por Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION, los que 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 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.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que, por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

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 el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración,** durante la vigencia de la afiliación de la demandante al RAIS.

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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: 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. 26-2018-00175-01
ASUNTO: CONSULTA
DEMANDANTE: HERNÁN PATIÑO CARDENAS
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada sustituta 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 09 de agosto del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor HERNÁN PATIÑO CARDENAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que es beneficiario del régimen de transición y, como consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo desde agosto de 1997, suma que deberá pagarse indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que al cumplir con los requisitos legales el ISS mediante la Resolución N° 013893 de 2001 le reconoció una pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, sin reconocerle el incremento pensional por tener cónyuge a cargo la señora GLORIA URRIAGO GARCÍA quien convive con el actor bajo el mismo techo y depende económicamente de éste desde su matrimonio celebrado el 18 de diciembre de 1970. Indica que su esposa no recibe pensión y que radicó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento del incremento aquí deprecado sin obtener una respuesta favorable. (fl. 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos dijo no constarle el 2°, que el 3°no era un hecho y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 32 a 34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: NEGAR en su totalidad*** *las pretensiones de la demanda elevadas por el accionante HERNÁN PATIÑO CÁRDENAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probadas las excepciones "****inexistencia del derecho y de la obligación" así como la de "prescripción",*** *propuestas por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas al demandante como se dijo en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión,* ***CONCEDER*** *el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante HERNAN PATIÑO CÁRDENAS de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del C.P.T. y S.S." (fl. 75)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acogía la postura de la Corte Suprema de Justicia en la cual se indica que los incrementos aquí deprecados no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de los Seguros Sociales, por lo que no puede participar en los atributos y ventajas que el legislador ha diseñado como lo es la imprescriptibilidad. Que al no haberse reclamado dentro de los 3 años al reconocimiento de la pensión los incrementos

deprecados el derecho a reclamarlos se vio afectado por el fenómeno prescriptivo, por lo que se niegan todas las pretensiones invocadas.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Hernán Patiño Cárdenas, 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 entonces el ISS, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, como se verifica de acto administrativo 013893 de 2001 (fl. 8) expedido por el Instituto en mención, 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 la falladora de primera instancia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían 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.

No obstante lo anterior, 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 el recurrente, se probó el cumplimiento de los requisito previstos en la normatividad bajo estudio, al haberse pensionado el señor Hernán Patiño Cárdenas a partir del 01 de agosto de 1997, 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, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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 consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este 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. 09-2019-00413-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: JORGE ISAAC RINCÓN GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

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 grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 09 del Circuito de esta Ciudad, el 10 de mayo del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES quien solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ISAAC RINCÓN GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE CONDENE a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez conforme al IBL obtenido en toda su vida laboral por contar con más de 1250 semanas a partir del 01 de diciembre de 2010; se condene además, al reconocimiento del incremento del 14% por cónyuge a cargo desde el 01 de diciembre de 2010, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el no pago oportuno de las mesadas pensionales al demorarse más de 4 meses en expedir el acto administrativo de reconocimiento, junto con la indexación de las condenas y, las costas procesales. (fl. 7).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que es pensionado del Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES por vejez desde el día 01 de diciembre de 2010; siendo pensionado mediante la Resolución N° 130823 de 2010; que para liquidar su pensión se obtuvo el IBL con el promedio de los últimos 10 años laborados; que cuenta con más de 1250 semanas cotizadas durante toda su vida laboral por lo que su pensión también debió ser liquidada con lo cotizado en toda su vida laboral; que convive con su cónyuge la señora AMPARO DEL CONSUELO PARRA DE RINCON desde hace más de 20 años; que su cónyuge convive con el accionante y depende económicamente de él; que en la Resolución en la que se le reconoció la pensión de vejez no se le reconoció el incremento deprecado; que solicitó el incremento deprecado a COLPENSIONES sin obtener una respuesta favorable. (fls. 7 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 3 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe de Colpensiones, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fls. 28 a 35).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JORGE ISAAC RINCÓN GÓMEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de "COBRO DE LO NO DEBIDO" propuesta por la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO: COSTAS.** Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $200.000 de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del C. S. de la J.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante, conforme lo establecido en el artículo 69 CPTSS" (fls. 56 a 57)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no es posible acceder a la reliquidación pensional pretendida como quiera que el actor no cuenta con 1250 semanas, por lo que su pensión conforme lo determina el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 debe realizarse con el promedio de los últimos 10 años como acertadamente lo hizo COLPENSIONES. Indica que los incrementos pensionales por cónyuge a cargo se encuentran derogados conforme al criterio de la Corte Constitucional, por lo que se debe absolver de todas y cada una de las pretensiones formuladas en contra de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

En virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor del actor los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿si es procedente reliquidar la pensión del actor con lo cotizado en toda su vida laboral?; (ii) ¿Si tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento por cónyuge a cargo? y, (iii) ¿Si tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

Reliquidación de la mesada pensional

Indica la parte actora que tiene derecho a la reliquidación de su pensión a la luz de lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siendo más favorable que se liquide su pensión con las cotizaciones de toda su vida laboral; frente a lo cual se opuso COLPENSIONES señalando que la pensión del actor se liquidó correctamente.

No se discute en esta instancia, pues fue aceptado por la demandada y se encuentra probado dentro del expediente que al actor se le reconoció por parte de del ISS hoy COLPENSIONES una pensión de vejez mediante la Resolución N° 130823 del 16 de diciembre de 2010 por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 01 de diciembre de 2010. (Expediente Administrativo CD fl. 48)

Sea lo primero indicar, que el actor solicita se reliquide su pensión conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con lo cotizado en toda su vida laboral por serle más favorable, lo cual considera el *A quo* que no es procedente pues señala que no cuenta con 1250 semanas cotizadas.

Es necesario precisar, que tanto la parte actora, como Colpensiones y como el Juez están de acuerdo en que la norma aplicable al presente caso es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que:

> *"Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."*

La normatividad transcrita señala que para calcular el IBL puede hacerse con lo cotizado en toda la vida laboral como lo pretende el actor, en los casos en que se haya logrado cotizar más de 1250 semanas, lo cual no ocurre en el caso del señor Rincón Gómez quien únicamente logra cotizar **1114.57 semanas,** teniendo en cuenta la sumatoria de las 1024.43 semanas cotizadas a COLPENSIONES conforme la historia laboral expedida por dicha entidad y las 90.14 semanas que laboró para la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR conforme se evidencia en los formatos CLEBP para bonos pensionales. (Expediente administrativo CD fl. 48)

Por tanto, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 el IBL para calcular el monto de su pensión sólo podía liquidarse conforme lo hizo COLPENSIONES con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, por lo cual se debe confirmar la absolución impartida en primera instancia respecto de este punto.

Incremento por cónyuge a cargo

Como ya se dijo, no fue objeto de debate que al señor Jorge Isaac Rincón Gómez, 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 entonces el ISS, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, como se verifica de acto administrativo 130823 del 16 de diciembre de 2010 (Expediente Administrativo CD fl. 48) expedido por el Instituto en mención, 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 la falladora de primera instancia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían 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.

No obstante lo anterior, 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, se probó el cumplimiento de los requisito previstos en la normatividad bajo estudio, al haberse pensionado el señor Jorge Isaac Rincón Gómez a partir del 01 de diciembre de 2010, 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, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada frente a este punto.

Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Si bien la falladora de primera instancia no hizo ningún pronunciamiento frente a este punto, al estudiarse el proceso en grado jurisdiccional de consulta en favor del actor, se revisan todas las pretensiones de la demanda.

El actor solicitó *"se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no pago oportuno de las mesadas pensionales, al demorarse más de 4 meses en expedir el acto administrativo de reconocimiento".*

Es necesario precisar, que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que *"A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente*

reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago."

Por su parte, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, señaló que "*Los fondos encargados* ***reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario****, con la correspondiente documentación que acredite su derecho…"*

Conforme, a lo anterior es claro que COLPENSIONES tenía 04 meses para resolver la solicitud pensional del actor radicada el 02 de noviembre de 2010 (fl. 2), es decir, tenía hasta el 02 de marzo de 2011, sin embargo, resolvió la solicitud pensional el 16 de diciembre de 2010 mediante la Resolución N° 130823, por lo que es claro que lo hizo dentro del término que el legislador le otorgó para ello; razón por la cual no se generaron intereses moratorios, por lo que también se debe absolver de esta pretensión.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su totalidad la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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 consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este 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

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO: 9-2017-756-01
DEMANDANTE: NINI JOHANA ALFONSO ARDILA
DEMANDADO: MANUFACTURAS BOTONART SAS

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

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

La señora **NINI JOHANA ALFONSO ARDILA** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **MANUFACTURAS BOTONART SAS**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que por sustitución patronal entre las partes ha existido contrato verbal a término indefinido desde el 4 de febrero de 2004, hasta la fecha de presentación de la demanda. En consecuencia, solicita e pago de prestaciones, vacaciones aportes, dotaciones, indexación. En subsidio solicita el pago de moratoria. (Ver fls 29 al 85 demanda y subsanación).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que ingresó el 4 de febrero de 2004 en la empresa que cuando se constituyó se denominaba OKA LTDA, que en 2004 cambió el nombre y se llamó MANUFACTURAS BONART SAS, que el representante legal siempre ha sido el señor Reinaldo Tarazona Hernández, que el salario devengado es de $737.717, es decir el mínimo más subsidio de transporte equivalente a $83.140, que La demandada adeuda cesantías no consignadas en el fondo y algunas que ha consignado lo han sido de manera tardía, que se han realizado en consecuencia pagos incompletos, en todas las prestaciones, que la demandada descuenta lo relativo a seguridad social pero no hace los aportes, que no ha cumplido con suministrar dotaciones, ni ha hecho pagos a caja de compensación familiar. (Fls 29 al 85).

La demandada, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, afirmando que no es cierto que existiera relación laboral desde 2004 hasta 2008, asegurando que solo inició en 2009. En cuanto a los hechos aceptó parcialmente el primero y en su totalidad el segundo, dijo que la demandante devenga el mínimo legal, más subsidio de transporte y negó en su mayoría los demás hechos excepto el noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo quinto y décimo octavo. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, extinción de la obligación por pago, buena fe y genéricas. (Fls 125 a 134).

Tramitada la primera instancia, la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el once (11) de marzo de 2021, por la que resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR, que entre NINI JOHANA ALFONSO ARDILA y MANUFACTURAS BOTONART SAS, existió una relación laboral regida por un único contrato de trabajo a término indefinido que inició el 4 de febrero de 2004 y finalizó el 30 de diciembre de 2018, en virtud del cual la primera se desempeñó como operaria devengando el salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 27 de noviembre de 2014

TERCERO. CONDENAR a MANUFACTURAS BOTONART SAS a pagar a NINI JOHANA ALFONSO ARDILA los siguientes conceptos:

a) $6.562.882 por auxilio de cesantías
b) $381.447 por intereses sobre las cesantías
c) $1.031.852 por compensación de vacaciones, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo.
d) $16.584.804 por sanción por no consignación de las cesantías

CUARTO. CONDENAR a la demandada a cancelar los aportes insolutos a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, sobre el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, mediante cálculo desde el 4 de febrero de 2004 hasta el 31 de mayo de 2009; y a partir de allí, mediante planilla tipo J de acuerdo con lo considerado. Y se precisa que la demandada deberá presentar la correspondiente solicitud al Fondo de Pensiones referido, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma establecida por dicho ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo…"

En los demás numerales se absuelve de las demás pretensiones y se condena en costas.

Para llegar a esa decisión, en síntesis, la Juez señaló: " …..*se refirió al art 67 del C S T el cual define la sustitución patronal y estableció que de acuerdo con el certificado de existencia y representación la sociedad fue constituida el 5 de febrero de 2004 y se refirió a su objeto social, señaló además que por acta 01 de 2005, que se transformó de sociedad Ltda a MANUFACTURAS BOTONART SAS. Con lo anterior concluyó que no se puede hablar de sustitución patronal porque esta figura requiere el cambio de empleador por otro y en este caso solo se dio un cambio de razón social y la persona jurídica entonces es la misma. En cuanto a la relación laboral, se refirió a los elementos de contrato del art 23 del CST, los enunció y adicionalmente también se refirió a la presunción del art 24 del C ST. Recordó que el art 46 consagra el contrato a termino fijo y como este se renueva si no se expresa el*

deseo de no renovarlo en el término que allí se indica, luego se refirió al art 47 del C S T que consagra el contrato a termino indefinido. Cita sentencia de la C S J, esto es la SL39432 de 30 de octubre de 2012, sobre unidad contractual, concluyendo que no se puede hablar de un solo contrato cuando hay cambio de cargo, también cita la sentencia SL814 de 2014, relativa también a la unidad contractual cuando se celebran varios contratos y su relación con loque sucede en la realidad. Encontró que no hay duda en este caso de la relación laboral en donde la demandante prestó servicios a partir de mayo de 2009, lo que estableció con la contestación al hecho primero de la demanda y los contratos aportados en los que se registra el cargo de operaria y salario mínimo más subsidio de transporte, así cono los formularios de afiliación al sistema de seguridad social que también se aportan. Dice que la demandante pidió un solo contrato a partir del 4 de febrero de 2004, y analiza la declaración de la hermana de la demandante que afirma trabajó también para la demandada, asegurando que ella llegó por su recomendación y que se labró de manera ininterrumpida desde 2004, logrando con esta probar la unidad contractual, pues habiendo interrupciones estas son aparentes, no superaron un mes y siempre se cumplió la misma función. En cuanto al salario encontró que la declarante dijo que los pagos eran quincenales, pues así lo señaló la declarante y con los comprobantes de nómina, la liquidación y los aportes se pudo constatar que el salario era el mínimo legal más el subsidio de transporte. En cuanto a la modalidad del contrato como encontró que hay un único contrato, dijo que el mismo fue a termino indefinido ello en aplicación de la realidad sobre las formas. En cuanto a la terminación del contrato encontró que con el testimonio de la señora Ardila se pudo establecer que fue el 30 de diciembre de 2018, fecha en que ambas dejaron de restar servicios a la demandada, lo que también aceptó la demanda por lo que estableció la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 4 de febrero de 2004 y hasta el 30 de diciembre de 2018, en el cargo de operaria y con el salario mínimo legal vigentes. En cuanto a las acreencias analizo los artículos 488 del CST y el art 151 del C P del T y la S S y como no encontró interrupción de la prescripción la contabilizó tomando la presentación de la demanda declarando entonces prescritos todos los derechos causados con anterioridad al 27 de noviembre de 2014. En cuanto a las cesantías señaló que estas se hacen exigibles a la finalización del contrato según lo dicho por la CSJ entre otras en sentencia 34393 de 2010 y 43894 de 2015, señalado que ninguna esta prescrita dada la fecha de finalización del contrato en 2018. En cuanto a la sanción moratoria del art 99 de la ley 50 de 1990, encontrando que están prohibidos los pagos parciales y que no hay prueba de consignación de otros periodos a los que dijo haber cancelado por lo que condenó al pago de las cesantías ya que además la sanción por pagos parciales es la perdida, del valor pagado, en cuanto a intereses condenó al pago analizando los pagos acreditados y la prescripción. También condenó en eso orden al pago de vacaciones vigentes y en cuanto a las primas encontró acreditado el pago de las no afectadas por prescripción: No condena a dotación por cuanto a la finalización no procede y no hay prueba de perjuicios que es lo único que puede darse ante la omisión en el pago. Condenó también a cálculo actuarial porque encontró aportes no pagados con base en el salario mínimo y desde 2004 a 2009, en donde no encontró afiliación. En cuanto a la sanción moratoria por no consignación de las cesantía encontró que no se aportaron razones validas para no haber consignado las misma y condenó según también lo que no esta prescrito esto es las de 2015 a 2017, En cuanto a la sanción moratoria e indemnización por despido al no haber sido en la demandada y no haber sido discutidos no puede imponerse condena alguna, Ordena indexar……"

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

Parte demandante: "*…interpone recurso sobre la exoneración de sanción moratoria e indemnización por despido son justa causa. Afirma que se debe poner en contexto la demanda porque cuando se interpone la demanda no se había terminado la relación pro eso no se hizo expresa esa petición, sin embargo en la sustentación de*

los argumentos se habla del art 65 del C S T y se refiere a que están las actuaciones impregnadas de mala fe en ese orden se debe interpretar y no siendo rigurosos en la demanda ni donde deben estar contenidas las peticiones si somos lapsos en ese análisis se puede concluir que si se pidió sobre todo en las fundamentaciones jurídicas. Con relación a la terminación quedó sentado que hubo terminación ilegal pues no existía contrato de trabajo a término fijo, por tanto se debió condenar en aplicación del principio del derecho formal y sustancia y los fallos extra y ultra petita "

Parte demandada. "… *únicamente en lo relacionado con las cesantías porque hay prueba de un pago directo en 2017 a solicitud de la señora Nin documento del 9 de marzo de 2018 pago parcial por mejoras que no fue tachado y entonces por lo menos ese año debe excluirse, así como para la indemnización moratoria.*

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos empezando por razones de método por el de la parte actora.

Solicita la parte demandante se condene al pago de indemnización moratoria y al de indemnización por despido injusto; afirmando que, aunque no fueron solicitados en la demanda esta debe interpretarse.

Cierto es y de ello no hay duda, que tales indemnizaciones no fueron solicitas en el acápite de pretensiones y aunque solicita que se acuda a la parte de razones o fundamentos de derecho en donde según él, sí se incluyeron abandonando lo que él denomina rigorismo; claro resulta para la Sala que aceptar este argumento no solo vulnera el debido proceso, sino otros principios como el de contradicción y defensa.

Los requisitos contendidos en el art 25 del C P del T y de la S S, tienen un claro objetivo procesal claro y es que el proceso se estructure adecuadamente desde el comienzo, exigiendo una mediana técnica, un mínimo de formalidades que conducen al cumplimiento de la finalidad histórica del proceso, esto es la realización del derecho sustancial; lo cual no exime de las formalidades, pues no existe proceso sin ellas, luego existen condicionamientos mínimos a la iniciación del proceso pues a partir de allí que se determina la causa petendi y se concreta la controversia sobre la que el Juez ha de desplegar su poder de esclarecimiento y juzgamiento de los hechos. Por tanto, estas formalidades no son un capricho legislativo y su finalidad es el encuadramiento del proceso dentro de la racionalidad y posibilidad lógica.

En ese orden es un deber incluir en la demanda **lo pretendido de manera precisa y así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, de vieja data; sentencia de marzo 18 de 1998 Rad N° en donde expresó:**

"…*Considera la Sala oportuno señalar, en torno a este tema, que es deber del actor expresar en la demanda de forma clara y precisa sus peticiones, tal y como consagra el artículo 25 del Código Procesal del trabajo, con el fin de que*

su contraparte se entere del contenido de las misma y pueda ejercer su defensa con plena garantías evitando de paso, eventuales equívocos por parte del juzgador al momento de decidir….”

Resulta así evidente que el Juez debe fallar de acuerdo con lo solicitado en la demanda y en los hechos demostrados en el proceso, la función juzgadora no puede conllevar el reconocimiento de derechos indiscutidos y no probados en el proceso, por cuanto la falta de oportunidad de ser controvertidos por la otra parte se vería reflejada, se itera en una violación de su derecho de defensa.

Y nada más podría suceder en este caso en donde solo en los alegatos se solicitan indemnizaciones que se reconoce no se incluyeron en la demanda, o bien porque el contrato no había terminado a esa fecha o por cualquier otra razón que ahora resulta irrelevante, pues lo cierto es que nunca se discutieron y menos probaron así la parte lo sostenga así, pues el hecho de hacer una declaración en cuanto a la duración del contrato no implica que se deduzca el motivo de su finalización.

No sobra agregar que ni aun haciendo el esfuerzo de interpretación que reclama el demandante; -improcedente además a la altura de las alegaciones o el recurso-; encuentra la Sala que en los fundamentos de derecho se haya incluido petición especifica de indemnización moratoria del artículo 65, allí se hizo cita de la Ley de la jurisprudencia en cuanto a este artículo y el 99 de la Ley 50 de 1990, sin precisión o claridad o pretensión alguna, dado el acápite en verdad relativo al apoyo jurídico a lo solicitado.

Ahora bien, conviene aclarar que las facultades extra y ultra petita, consagradas en el artículo 50 del C P del T y de la S S , que perite al Juez ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos a los pedidos; exige ciertas condiciones; esto es, que los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y que estén debidamente probados, los que la Juez de forma acertada encontró no cumplidos desde luego y entre otras razones, se itera, dada su presentación en alegaciones o etapa final del juicio

Finalmente, ni siquiera obviando todo lo dicho podría este Tribunal acceder a tales condenas porque las que se imponen en virtud de esta facultad son exclusivas del Juez de primera instancia; luego se confirma la decisión de la Juez de primera instancia.

Resuelto el recurso de la parte actora se resuelve el de la demandada relativo a la condena al pago de cesantías específicamente la del año 2017, porque asegura que el pago realizado el 9 de marzo de 2017, para mejoras esta probado y este documento no fue tachado de falso.

Desde ya la Sala advierte que la decisión de la Juez será confirmada porque el pago que ordenó la Juez de las cesantías en este periodo; se hizo porque no encontró prueba de consignación al Fondo como exige la Ley luego de 2014; indicando además que los pagos directos tienen como sanción la perdida de la suma entregada, lo cual es cierto no solo porque así lo consagra la Ley (art 254 del CST), sino además porque ha sido un tema bastante aclarado por la jurisprudencia.

Revisado el expediente encuentra la Sala que efectivamente a folio 106 del expediente aparece un recibo de fecha 9 de marzo de 2018 en donde reza que por petición de la demandante se pagaron las cesantías en efectivo para realizar mejoras a la vivienda, y así el documento sea válido, no haya sido tachado, en lo que le puede asistir razón a la recurrente, en lo que no; es que este pago pueda tenerse como valido, porque lo que consagra la Ley es la consignación y será el Fondo quien realice el trámite de pago, previa autorización del empleador y verificación de documentos que compruebe su procedencia para las excepciones;(vivienda, educación); quien lo realice.

Este pago entonces directo es un pago prohibido y la consecuencia es que se pierde la suma pagada, sin que se pueda repetir lo pagado; por tanto, nada tiene que ver que el documento no haya sido tachado; el argumento de la Juez que ignoró la recurrente es que hay que volver a pagar la prestación dado lo consagrado en la Ley; agregando además que no fue tenido en cuenta para sanción moratoria porque como también explicó la Juez, ha sido la Corte Suprema de Justicia quien ha aclarado que esta es la única sanción, se itera la perdida de la suma y no además indemnización moratoria, aspecto tenido en cuenta en cuenta, se itera para la cuantificación de la sanción.

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,

R E S U E L V E

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-00385-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ARMANDO BORDA CABRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada sustituta 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 demandada chevron Petroleum company y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las del demandante, COLPENSIONES Y CHEVRON PETROLEUM COMPANY.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ARMANDO BORDA CABRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento de los valores que corresponden al BONO PENSIONAL por parte de la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY. Como consecuencia, solicita se CONDENE a CHEVRON PETROLEUM COMPANY a reconocer y pagar el bono pensional del período comprendido entre el 24 de abril de 1972 al 30 de junio de 1978 con destino a COLPENSIONES; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró para la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY antes TEXAS PETROLEUM COMPANY entre el 24 de abril de 1972 al 30 de junio de 1978; que la empresa demandada durante la relación laboral omitió el deber legal de afiliar al actor al Sistema General de Pensiones; que la empresa demandada mediante misiva del 25 de enero de 2019 contesta el derecho de petición que le radicó la demandante señalándole que la empresa no está obligada legalmente a reconocerle ningún bono pensional; que el Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES le informó a través del oficio BZ2018_15981600-3858475 que revisada la historia laboral del accionante se evidencia que con el empleador CHEVRON PETROLEUM COMPANY no se registran aportes realizados al sistema de pensión, ni relación laboral alguna; que solicitó el cálculo actuarial tanto a CHEVRON PETROLEUM COMPANY como a COLPENSIONES, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 4, 6 y 8, dijo ser parcialmente cierto el 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 59 a 64).

Por su parte, **CHEVRON PETROLEUM COMPANY**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los manifestó no constarle el 4, 6 y 7, negó el 2 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe y prescripción. (fls. 92 a 132).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: ORDENAR** a la demandada LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a realizar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el señor JORGE ARMANDO BORDA CABRA en CHEVRON PETROLEUM COMPANY desde el 24 de abril de 1972 hasta el 30 de junio de 1978, teniendo en cuenta los salarios mensuales devengados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY a pagar a COLPENSIONES en favor de la señora JORGE ARMANDO BORDA CABRA el correspondiente calculo actuarial por los tiempos laborados por la demandante entre el 24 de abril de 1972 y el 30 de junio de 1978, el cual deberá asumir en un 100% y con base en los salarios certificados por el empleador, conforme a la parte motiva de este proveído.*

> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES que, una vez efectuado el pago del cálculo actuarial, incluya el tiempo de servicios laborado por el señor JORGE ARMANDO BORDA CABRA a CHEVRON PETROLEUM COMPANY y estudiar la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO formuladas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y CHEVRON PETROLEUM COMPANY.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la empresa demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY en la suma de $450.000 como agencias en derecho." (fls. 155 a 156)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no existe controversia entre las partes en cuanto a que entre el señor **JORGE** ARMANDO BORDA CABRA y la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY existió un contrato de trabajo entre el 24 de abril de 1972 y el 30 de junio de 1978. Tampoco se discute que el empleador no afilió al demandante a seguridad social durante la relación laboral, toda vez que para el momento en que el señor BORDA CABRA laboró para la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY no existía el llamado obligatorio para las empresas petroleras. Señala que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 impuso a los empleadores la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación; por lo que es claro que la empresa demandada desde la expedición de dicha normatividad tuvo la obligación de hacer los correspondientes aprovisionamientos. Que la CSJ en un caso similar al que aquí nos ocupa desde la sentencia bajo el radicado SL 9856-2014 y reiterada en la SL 3148-2020 señaló que su actual postura es que en los lapsos de no afiliación, los empleadores a pesar de que no actuaron de manera negligente debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, por cuanto respecto de ellos, se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades. Indico que así la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fuera obligatoria desde el 1° de octubre de 1993, lo cierto es que tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar el derecho a

la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comento. Indicó que se condenará a la empresa demandada a pagar el correspondientes calculo actuarial por los tiempos laborados por el demandante entre el 24 de abril de 1972 y el 30 de junio de 1978. Aduce que teniendo en cuenta que las partes no discuten el salario devengado por el demandante y ambas partes aportan la certificación expedida por la empresa demandada se ordenara que el cálculo actuarial se liquide con los salarios certificados por el empleador visibles a folio 49 y 207 del expediente digital. En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que el mismo no procede y por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020. Condenó a la empresa demandada al pago íntegro del cálculo actuarial ordenado. Teniendo en cuenta que se ordenó a la empresa demandada pagar los aportes a pensión por el período en que no se encontraba afiliado el demandante, es claro que éste pago debe hacerse mediante cálculo actuarial previamente elaborado por COLPENSIONES entidad a la cual se le va hacer el pago por ser en la que el actor se encuentra afiliado; por lo que se ordenará a COLPENSIONES que elabore el respectivo calculo actuarial. Señala que frente a la acción para reclamar el pago de aportes pensionales omitidos por el empleador, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, no opera la prescripción, al estar ligados de manera indisoluble al estatus de pensionado

RECURSOS DE APELACIÓN

CHEVRON PETROLEUM COMPANY recurrió argumentando que no ha existido omisión por parte de dicha entidad en el pago de aportes pensiones, toda vez que en el tiempo que prestó sus servicios el demandante la entidad no había sido llamada por el Instituto de los Seguros Sociales. Que el llamado se realiza a través de la Resolución 4250 de 1993, en el cual se hace el llamado a las empresas petroleras, lo cual ocurrió después de que se terminó la relación laboral del actor, por lo que no existe omisión en el pago de sus aportes, toda vez que durante la época que duró la relación laboral no estaba

obligada. Indica que existe tesis de la CSJ en el sentido que ese tiempo de aportes no obligatorios no es posible conmutarlos para ningún tipo de pensión. Que en sentencias de la Corte Constitucional para condenar al calcula actuarial se exige que el contrato de trabajo este vigente, por lo que no es posible realizar un calculo actuarial o bono pensional, pues conforme lo estipulan las normas declaradas exequibles por la Corte Constitucional el contrato debe estar vigente. Que se aparta del criterio de la CSJ como quiera que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 en realidad no contempló una obligación empresarial de aprovisionamientos respecto al tiempo de servicio laboral con los trabajadores del sector privado petrolero para personas que trabajaban en zonas no cubiertas por el seguro social o incluso para empresas que desarrollaran actividades no sujetas al llamamiento a inscripción. Indica que no se puede confundir el concepto de bono pensional y de cálculo actuarial. Señala que la Corte Constitucional estableció la posibilidad de que esas condenas se paguen 75% por el empleador y que el 25% sea asumido por el trabajador, pues así lo estipulan las normas. Incluso hay sentencias que prevén la posibilidad que el 25% lo asuma el trabajador y un 25% el ente de seguridad social.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** señalando que como lo señaló en los alegatos al demandante se le liquidó su pensión con la tasa de reemplazo máxima según el Decreto 758 de 1990, por lo que realizar una nueva liquidación con las nuevas semanas del cálculo actuarial no variaría el monto de la mesada que estaba percibiendo. Que incluso al actor se le tuvo que pedir que reintegrar unos valores que se le habían pagado de más.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio del actor a favor de la hoy denominada CHEVRON PETROLEUM COMPANY S.A., y que la misma se desarrolló entre el 24 de abril de 1972 al 30 de junio de 1978, lo cual además de ser aceptado por el empleador al contestar la

demanda, se corrobora con la certificación dada por la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY, la cual fue allegada como prueba por ambas partes (fls. 30 a 137).

Tampoco fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para la fecha de los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1551 del 10 de marzo de 2021, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

> *"En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.° 4250 de 1993.* ***No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.***
>
> *En la sentencia CSJ SL14388-2015, esta Sala advirtió al respecto que:*

(…) a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos <<…en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar… que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio -22 de septiembre de 1994 -, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122- 2019, entre otras, esta Sala ha recalcado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Las mismas consideraciones han sido realizadas específicamente frente a empresas del sector petróleo en las sentencias CSJ SL3892-

2016, CSJ SL835-2018, CSJ SL1122-2019 y CSJ SL1356-2019, entre muchas otras. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Aunado a lo anterior, ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 529 del 14 de febrero de 2022 en la cual reiteró lo expuesto en la sentencia SL 3606-2021 que en estos casos no era necesario que el contrato de trabajo se encontrara vigente al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Así lo dijo la Corte:

"[…] la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no resulta relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala, en la sentencia CSJ SL2138-2016, sostuvo que «ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 sep.

2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral», consideraciones que han sido reiteradas más recientemente en las sentencias CSJ SL3995-2019 y CSJ SL2584-2020."

Por tanto, es claro que acertó la falladora de primera instancia cuando condenó al empleador a pagar el correspondiente calculo actuarial.

En relación con la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, contrario a lo señalado por el recurrente tanto en su recurso como en sus alegatos, debe ser asumido en su totalidad por el empleador del actor para el periodo laborado, hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY, como quiera que la Sala Laboral de la Corte ha precisado, claramente, que el trabajador no participa como deudor en la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos durante los cuales no hubo una afiliación al Sistema de pensiones (sentencias SL 2584-2020, SL4921-2001, SL3867-2021 entre otras), siendo pertinente **confirmar** la sentencia objeto de estudio en este aspecto.

En cuanto a la inconformidad de la apoderada de COLPENSIONES, es necesario precisar que la falladora de primera instancia no ordenó ninguna reliquidación pensional, sino simplemente exhortó a COLPENSIONES para que una vez reciba el valor correspondiente al calculo actuarial resuelva la solicitud presentada por el actor de reliquidación pensional y, si bien como lo dijo la apoderada de COLPENSIONES la pensión del actor ya fue reliquidada, lo cierto es que no se ha estudiado si con la inclusión de los tiempos que se ordenaron habilitar a través del calculo actuarial, se obtiene o no un IBL superior al que ya se determinó y por tanto será COLPENSIONES quien deberá estudiar una vez reciba el valor del calculo, si es procedente o no la reliquidación solicitada.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada y consultada.

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 apelada y consultada en su integridad, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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: AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S.

DEMANDADO: CRUZ BLANCA E.P.S.

RADICADO: 1100122050-00-2021-01775-01

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:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 30 de abril del 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de VEINTISEIS MIL CUATROSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($26.466) junto con los intereses moratorios desde el 15 de enero de 2018 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

ANTECEDENTES

La SOCIEDAD AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS CRUZ BLANCA el reconocimiento y pago de la incapacidad N° 104010000832742 de 28 de junio de 2017 por la suma de $29.771, junto

con los intereses moratorios desde el 21 de noviembre de 2017 hasta que se efectúe el pago. (fl. 2 reverso)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que la empresa AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. suscribió contrato con el señor JUAN JOSÉ MENDOZA RODRÍGUEZ el 02 de enero de 2017; que desde el inicio de la relación laboral afilió a su trabajador a seguridad social pagando los aportes a salud del señor Mendoza Rodríguez a CRUZ BLANCA EPS; que el señor MENDOZA RODRÍGUEZ presentó a la empresa incapacidad N° 104010000832742 por enfermedad de origen común de 3 días iniciando el 28 de junio de 2017 y finalizando el 30 de junio de 2017; que la empresa accionante efectúo el pago de tal prestación económica oportunamente y gestionó el cobro de la incapacidad ante la EPS CRUZ BLANCA el 07 de noviembre de 2017; fecha en la cual la EPS le informó que no sería recibida la incapacidad toda vez que excedió los 90 días requeridos para su presentación; que presentó derecho de petición el 10 de enero de 2018 ante la accionada con el fin de que se realizara el trámite de transcripción de la incapacidad y procediera a su reconocimiento; que la EPS CRUZ BLANCA dio respuesta el 12 de enero de 2018 en el que le indica que para solicitar e iniciar el proceso de transcripción , el aportante dispone de 3 meses (90 días) calendario a partir de la fecha de emisión y ocurrencia del evento que dio lugar a la incapacidad. (fl. 2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada contestó la demanda proponiendo como excepciones las de hecho superado, inexistencia de la obligación a cargo de CRUZ BLANCA EPS y la genérica. (fls. 10 a 13)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha

30 de abril de 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS CRUZ BLANCA, al pago de $26.466 junto con los intereses moratorios desde el 15 de enero del 2018 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. (fls. 17 a 19)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada, y solicita que se hagan parte del proceso ordenado por la Resolución No. 008939 del 07 de octubre de 2019 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud en la que se ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar a CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. – CRUZ BLANCA E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, identificada con NIT No. 830.009.783-0, para su eventual graduación y calificación. (CD fl. 25).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, el determinar si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CRUZ BLANCA EPS, radicando su respectiva acreencia

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta

preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio CRUZ BLANCA EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que esta debe reembolsar a la empresa demandante el valor de la incapacidad y los correspondientes intereses moratorios, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia, radica en que se debe ordenar a la parte convocante hacerse parte del proceso liquidatario, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo.

Pues bien, al respecto se tiene que mediante Resolución 008939 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la intervención forzosa administrativa para liquidar a la sociedad Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca EPS.
Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.
Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan

sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CRUZ BLANCA EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la entidad accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio, pues nótese que la petición sobre la prestación económica aquí debatida data de una fecha anterior a la liquidación de CRUZ BLANCA EPS, esto es, del 10 de enero de 2018 (fl. 2 hecho N° 5); no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad aquí reclamada, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de cruz blanca EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el día 30 de noviembre de 2018 (fol. 1), por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de acceder a lo deprecado en el *libelo* genitor, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de abril de 2021 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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: JOSÉ GILBERTO RODRÍGUEZ LIZCANO

DEMANDADO: CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION

RADICADO: 1100122050-00-2021-01758-01

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:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 27 de julio de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de CUATROSCIENTOS MIL DOSCIENTOS TRES PESOS M/CTE ($400.203) junto con las actualizaciones monetarias correspondientes.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ GILBERTO RODRÍGUEZ LIZCANO instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS CAFESALUD el reconocimiento y pago de la incapacidad generada entre el 01 y el 08 de junio de 2017. (fl. 1)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que ha pedido el pago de las incapacidades generadas entre el 01 y el 08 de junio de 2017; que paso la cuenta de cobro el día 16 de junio de 2017, sin embargo no recibió ninguna respuesta; que envío nuevamente la solicitud el 28 de septiembre del 2020; que recibió respuesta en la cual se le indicó que su pago había sido aprobado y que en 20 días se generaría en su cuenta bancaria, lo cual no se ha realizado. (fl. 2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada contestó la demanda señalando que al accionante se le expidieron dos incapacidades, la primera el 01 de junio de 2017, y la segunda el 08 de junio de 2017, las cuales fueron reconocidas y liquidadas por CAFESALUD, pero su pago estará a cargo de MEDIMAS EPS. Propuso como excepciones las de incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, están a cargo de MEDIMAS EPS y la genérica. (CD fl. 36)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 27 de julio de 2020, ordenó a CAFESALUD EPS pagar la suma de $400.203 a favor del accionante con las actualizaciones monetarias. (fls. 24 a 27)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, interpuso recurso de apelación, argumentando que procedió a realizar la validación de los pagos de cada una de las prestaciones económicas deprecadas por la parte demandante. Indica que existe una carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que en la liquidación presentada se puede evidenciar el pago total de las incapacidades del señor José Gilberto Rodríguez Lizcano por parte de MEDIMAS EPS correspondiente a los períodos 1/06/2017 a 7/06/2017 y 8/06/2017 a 17/06/2017 por un valor de $400.203, por lo que ya se efectúo el pago de las incapacidades deprecadas. Adicionalmente, aduce que de conformidad con el proceso de liquidación forzosa en el cual se encuentra CAFESALUD EPS el cual constituye fuerza mayor se genera una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria como los intereses moratorios o la actualización monetaria, por lo que solicita se revoque la condena impuesta por este concepto. (CD fl. 25).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, (i) el determinar si existe un hecho superado, pues ya se realizó el pago de la incapacidad deprecada y (ii) si se debe revocar la condena por actualización monetaria teniendo en cuenta que CAFESALUD EPS se encuentra dentro de un proceso liquidatorio.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio CAFESALUD EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que se debe pagar la suma de $400.203 a favor del accionante por las incapacidades deprecadas, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia frente a este punto, radica en que ya realizó el pago de dicha suma de dinero.

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

> *"(…)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en 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 1281 de 2002*".

Para resolver el asunto en cuestión, lo primero que se puede observar es que la demandada presentó copia de la relación de pagos por transferencia, en la que aparece la confirmación del pago realizado en favor del actor y en una cuantía de $400.203, por lo que se tendrá acreditado su pago, pues del mismo se corrió traslado a las partes mediante auto del 22 de febrero de 2022, sin que presentaran ningún reproche.

Ahora, frente a la inconformidad de la accionada en la que señala que resulta improcedente la indexación monetaria, toda vez que dicha entidad se encuentra en proceso liquidatorio, basta con decir, que la indexación ordenada por el *a quo* sobre el valor de la incapacidad adeudada, no es más que una actualización de tal valor, ante el fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, que resulta claramente procedente y que no se encuentra llamada a ser revocada por el simple hecho de encontrarse Cafesalud EPS en proceso de liquidación.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, pues únicamente queda pendiente de pago lo referente a la actualización monetaria del valor de la incapacidad deprecada.

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,

RESUELVE

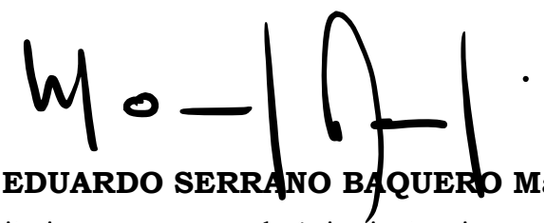
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, en el sentido de absolver del pago de la incapacidad por valor de $400.203, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-437-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de abril de 2021. (fl. 236)

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GLORIA AMPARO GIRALDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que efectuara al RAIS en mayo de 1999 por intermedio de Porvenir S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, que la indujo a error y vició su consentimiento para que se trasladara de régimen pensional; como consecuencia de tal declaración peticiona se anule igualmente la que realizara a Colfondos SA., en el año 2001, ordenándole retornar al RPM los valores que hubiere recibido como consecuencia de su afiliación y a Colpensiones recibirla como afiliada en dicho fondo sin solución de continuidad. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de agosto de 1960, que inició cotizaciones a seguridad social en pensiones en el año 1987 permaneciendo afiliada en dicho régimen hasta el año 1999, acumulando 548 semanas cotizadas, que para el mes de mayo de 1999, la AFP Porvenir S.A., realizó una campaña masiva de afiliaciones en el lugar en el que laboraba y sus asesores le indicaron que de continuar afiliada en el ISS, su pensión sería de bajo monto ya que dicho instituto no contaba con recursos para el pago de prestaciones, que en los fondos privaos se podría pensionar a menor edad de la requerida legalmente, que allí su mesada pensional sería de mayor cuantía que en el ISS.

Indica que dicha AFP no le suministró una información completa, detallada e idónea respecto de los beneficios de permanecer en uno u otro régimen y para el año 2001 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., asesores que tampoco le informaron sobre la distribución de las cotizaciones en el RAIS, que en el año 2008, solicitó ante Colfondos traslado hacia Colpensiones, petición que no le fue respondida, que solicitó ante esta AFP una proyección pensional, en la que le indicaron que su mesada pensional sería de $910.000, afirma que actualmente labora para la Fiscalía General de la Nación y cotiza sobre un IBL de $4.852.000, que tiene un total de 1318 semanas cotizadas a febrero de 2018.

Señala que el 18 de octubre de 2018, radicó derecho de petición ante Colfondos solicitando se declarara la nulidad de su traslado, lo que fue respondido de manera negativa y lo propio ocurrió con Colpensiones. (fls. 6 a 9).

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 23, negó el No. 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 141).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1, 9, 14 a 16 y 19 a 21, negó los No. 10 a 12, 17, 19 7 24 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad alegada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl.157)

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó los hechos contenidos en numerales 4 a 8 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que prescripción buena fe e inexistencia de la obligación. (fl.207)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *la ineficacia de la relación jurídica de afiliación de la demandante GLORIA AMPARO GIRALDO al RAIS, celebrada con Porvenir S.A., el 14 de abril de 1999 y la subsiguiente con Colfondos S.A., de fecha 29 de agosto de 2001.*

> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a Colfondos como último fondo al que estuvo afiliada la actora a trasladar al RPM los saldos, aportes y rendimientos depositados en la CAI de la demandante, con destino a Colpensiones.*
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos sin reconocimiento al régimen de transición por no tener derecho sobre el particular.* (…) (fl. 237)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la demandante había nacido el 28 de agosto de 1960, razón por la cual a 1 de abril de 1994, no contaba con 35 años de edad, no siendo beneficiaria del régimen de transición, por edad como tampoco por tiempo de servicios, pues había empezado a cotizar en el año 1987, ello sin perjuicio de que se pudiera analizar el fenómeno de ineficacia del traslado de régimen pensional, que respecto a dicha figura, la jurisprudencia de la Sala Laboral había definido las diferencias de ambas figuras, de la nulidad e ineficacia en sentido estricto, que esta última tenía lugar cuando no se demostraba la existencia de un consentimiento informado que diera cuenta que la AFP había documentado clara y suficientemente las consecuencias de dicho traslado al afiliado, obligación que existía desde la creación de las AFP con la Ley 100 de 1993, correspondiéndole la carga de la prueba a dichas administradoras.

Respecto de la ineficacia, la aludida jurisprudencia entre otras en sentencia SL372 de 2021, la CSJ, había indicado que era deber de las AFP desde su creación brindar al afiliado toda la información referente a su traslado para generar el consentimiento informado de este, que dicho deber había variado con el paso del tiempo y no se cumplía con la simple suscripción del formulario de afiliación, que para el caso del suscrito por la actora, no se consignó siquiera el derecho de retracto, siendo deber del fondo que promovió la afiliación de la actora al RAIS en el año de 1999, haber demostrado que brindó dicha información a esta para considerar que su consentimiento estuvo debidamente informado al momento de tomar la decisión de traslado, so pena de declarar ineficaz dicho acto de traslado; lo que no ocurría para el caso bajo estudio, pues no se había allegado ninguna documental distinta al formulario de afiliación que permitiera determinar que a la demandante se le había puesto de presente toda la información referente a su traslado de régimen

pensional, como características de cada uno de los regímenes y ventajas y desventajas que le podría acarrear su traslado, no se establecía ese contenido mínimo de información y en cuanto a Colfondos ni siquiera había aportado dicho formulario suscrito por la demandante; no pudiéndose concluir para el caso bajo estudio una ratificación de la afiliación ni actos de relacionamiento, ya que desde el principio dicho contrato adoleció de ineficacia por la falta de información; razón por la cual, al no demostrarse la existencia de libertad informada había lugar a declarar la ineficacia del mismo, con el correspondiente traslado de aportes junto con rendimientos y como quiera que del historial de cotizaciones aportado por Colfondos S.A., se determinaba que los aportes de la actora le habían generado rendimientos gracias a la gestión de la administradora, no había lugar a disponer la devolución de gastos de administración.

Señaló por último que como quiera que el asunto debatido versaba sobre asuntos pensionales, tenía vocación de imprescriptible, no prosperando esta excepción como tampoco las demás propuestas por las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la decisión recurrió la demandada Colpensiones señalando que contrario a lo señalado en la sentencia había lugar a la devolución de los gastos administración como lo había indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1452 de 2019, en la reafirmó que se debía retornar al RPM la totalidad de los recursos de la CAI del afiliado, como el porcentaje destinado al pago de seguros y la cuota de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA GIRALDO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 14 de abril de 1999 y que

obra a folio CD 235 del plenario, quedando probada la existencia del traslado que efectuara con posterioridad a Colfondos S.A.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado, si bien se alega la nulidad del traslado de régimen de la demandante, lo cierto es que se peticiona tal declaratoria por omisión en el deber de información en que incurrió la AFP que promovió dicho traslado, por lo que lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que 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 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.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Gloria Giraldo información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** proveniente del RPM al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que esta demandada, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, de lo que igualmente se concluye que contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones, el traslado de la demandante, no puede considerarse libre y voluntario al se itera, no haber estado precedido de la suficiente información al respecto.

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.° 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.°, 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.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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)*

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, 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 y como bien lo señala la entidad recurrente, se **modificará** la decisión en cuanto a ordenar la devolución de lo descontado por concepto de gastos de 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 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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

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 consultada.

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:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que el traslado y recibo de aportes allí descrito, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración durante la vigencia de la afiliación.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada 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 apelada.

CUARTO: 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. 35-2018-00288-02

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL

DEMANDADO: ALVARO CARRILLO CAICEDO

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 la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que DECLARE que laboró para ALVARO CARRILLO CAICEDO entre el 01 de septiembre de 1977 el 30 de junio de 2016 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que su último salario ascendió a $2’000.000 y, que la relación laboral terminó sin justa causa. Como consecuencia, solicitó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, de la liquidación final de prestaciones sociales, los aportes al sistema de seguridad social integral y de la indemnización moratoria. (fls. 8 a 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició a laborar el 01 de septiembre de 1977 para el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO en el sector La Caro en el Municipio de Chía; que el señor CARRILLO CAICEDO se registró en la cámara de comercio como persona natural el 12 de septiembre de 1977; que inició prestando sus servicios como vendedor de productos de salsamentaria; que cumplía un horario de trabajo; que su salario lo recibía quincenalmente en efectivo; que su empleador no realizaba los aportes a seguridad social; que la progenitora del actor también ayudaba en todos los trabajos; que para el año 1982 el demandado establece una fábrica en el barrio Ricaurte de la Ciudad de Bogotá y desde ese sitio se trasladaba mercancía a la caseta; que la fábrica funcionó por espacio de 2 años; que en el año 1984 el accionado compra el lote y pasa la sede que era de la caseta a la autopista norte con calle 198 en Bogotá; que el señor CARRILLO le ordenó al actor que se trasladara a trabajar a la nueva sede; que durante la relación laboral ocasionalmente su empleador le pagó los aportes a seguridad social; que durante la relación laboral el actor administró los negocios del señor CARRILLO pero quien manejaba las finanzas y el dinero y pagaba proveedores, recibía el producido diario, pagaba los empleados era directamente el señor CARRILLO; que sus funciones las desempeñaba de lunes a viernes con descansos sábados y domingos cada quince días y se alternaban las funciones con la señora Blanca Cecilia Villamil de Carrillo; que el 30 de junio de 2016 el señor CARRILLO decidió dar por terminada la relación laboral; que el accionado fue siempre quien dio las órdenes e instrucciones. (fls. 11 a 15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el señor **ALVARO CARRILLO CAICEDO**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 15, 16 y 17 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción, inexistencia de la relación laboral y ausencia de prueba de lo que pretende. (fls. 129 a 154 archivo 1. 2018-00).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre VÍCTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL y ÁLVARO CARRILLO CAICEDO, existió una relación laboral entre el 01 de septiembre de 1977 y el 09 de julio del 2003.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a ÁLVARO CARRILLO CAICEDO, a reconocer y pagar al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el actor, el monto determinado por dicha administradora correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales de VÍCTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL por los periodos comprendidos entre el 01 de septiembre de 1977 al 17 de marzo de 1986 conforme al salario mínimo legal vigente para la época.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER*** *de las demás pretensiones a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de este proveído.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *probada parcialmente la excepción de prescripción.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS*** *en esta instancia a la demandada. Por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000." (archivo 21. Acta Fallo)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el actor pretende se declare la existencia de una relación laboral entre el 01 de septiembre de 1977 al 30 de junio de 2016. Indica que el demandado confesó al contestar el hecho noveno de la demanda que el actor laboró para él del año 1986 al año 2002 o 2003. Que se logra probar la prestación personal del servicio del actor en favor del demandado, por lo que de conformidad con el artículo 24 del CST nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Que del año 1977 al año 1986 no se logra desvirtuar la presunción, por lo que se declara la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de septiembre de 1977 al 09 de julio de 2003. Que a partir del 09 de julio de 2003 si se logra desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues se

evidencia que para esta época las partes suscribieron un contrato de arrendamiento del local comercial junto con la maquinaria y equipos instalados y aparecen documentos en los que se evidencia que el actor actuaba como propietario y empleador del establecimiento de comercio. Que a partir del 09 de julio de 2003 el actor no aparece en ningún lado como representante del empleador sino como propietario. Señala que las afirmaciones de los testigos en las que indican que el actor se desempeñaba como administrador quedaron desvirtuadas con la prueba documental. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa absuelve como quiera que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía como era probar el despido. Que tampoco se prueba que el último salario devengado ascendía a la suma de $2'000.000 ni los demás salarios percibidos, por lo que se debe entender que el salario devengado fue el mínimo legal vigente. Que no hay lugar a impartir condena por prestaciones sociales como quiera que se declaró el contrato hasta el 09 de julio de 2003 y la demanda se radicó el 23 de mayo del 2018, por lo que todas las acreencias laborales se encuentran prescritas. Que solo se condena al pago de aportes a seguridad social mediante calculo actuarial por el tiempo que no estuvo afiliado por su empleador. Que no se condena al pago de aportes a salud y riesgos laborales como quiera que no se demostró haber sufrido algún perjuicio y el contrato ya no se encuentra vigente. Que no se condena al pago de la indemnización moratoria como quiera que no se impuso ninguna condena por prestaciones sociales pues están prescritas.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que, apelaba todo lo que le era desfavorable a los intereses del actor, en especial que no hubo contrato a partir del 09 de julio de 2003 como lo indicó el Despacho. Indica que el despacho tomó como fecha de terminación del contrato el 09 de julio de 2003, por ser la fecha en que se suscribió un contrato de arrendamiento entre las partes, con lo cual no está de acuerdo, pues no es cierto como lo dijo la testigo Betty secretaria del señor Carrillo Caicedo que hasta esa fecha se hicieron aportes a seguridad social por parte del señor Carrillo. Que el señor Carrillo cotizó por el actor hasta el 31 de enero del 2004 es decir 6 meses después de

haberse iniciado el contrato de arrendamiento que es la fecha que toma el Despacho para decir que hasta esa fecha hubo contrato. Que coincide lo que dice la secretaria de que el contrato de arrendamiento fue un acto simulado. Que el Despacho no tuvo en cuenta que lo que se pidió fue la relación laboral directa entre el demandado como empleador y el actor. Que todos los testigos coinciden en señalar que quien fungía como empleador era el señor CARRILLO y que era el empleador del actor. Señala que el actor pudo haber sido Gerente de una empresa o administrador de una empresa pero que él siempre como persona natural siempre tuvo la relación directa con el señor CARRILLO como persona natural. Que la parte demandada al aportar muchos documentos trata de desviar el proceso señalando que el actor era Gerente de una empresa. Que el actor era el administrador pero que realmente siempre estuvo subordinado con el demandado como persona natural.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que el actor solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO como persona natural del 01 de septiembre de 1977 al 30 de junio de 2016, por su parte, el fallador de primera instancia declara únicamente la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de septiembre de 1977 al 09 de julio de 2003.

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., teniendo como punto de inconformidad, de la parte demandante la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a partir del 09 de julio del 2003.

Entonces, lo primero que debe recordarse es que la actividad probatoria de quien alega la existencia de una relación laboral en la cual concurrió como trabajador, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza no solo **acerca de la efectiva prestación personal del servicio**, **en las condiciones materiales en que eventualmente se desempeñó y durante unos**

extremos temporales determinados, sino también a que persona natural o jurídica se le presta.

Así las cosas, le asiste razón al Juez cuando afirma que para que se abra paso la presunción de contrato de trabajo, establecida en el art 24 del C P del T y de la S S, -presunción que le otorga una ventaja probatoria al demandante pues será quien niega el contrato quien deba desvirtuarla, - **el demandante debe probar la prestación personal del servicio, esto es el primer elemento esencial del contrato de trabajo de los tres que contempla el art 23 del CST.**

No sobra agregar que las presunciones establecidas por la ley "serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados".

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

> *"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.* ***Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la "relación de trabajo personal"*** *de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de* ***un servicio personal*** *materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado".*

Para probar la prestación del servicio del actor VÍCTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL en favor del señor ALVARO CARRILLO CAICEDO como persona natural, quien al contestar la demanda niega la existencia de una relación laboral, señalando que desde el año 2003 le cedió el negocio a su esposa y sus hijos y que quien fungió como propietario desde esa fecha

fue el actor, se recaudaron las siguientes pruebas testimoniales:

- **Wilson Alberto Usma Barragan** señala que fue empleado del señor VICTOR MANUEL y que el señor ALVARO CARRILLO fue su jefe. Dice que conoce al señor VICTOR MANUEL desde el año 2010 porque era el **administrador de la empresa donde trabajo "Pavo Munich"** la cual se dedicaba a la venta de embutidos y que trabajo allí hasta el año 2016. Señala que el señor VICTOR MANUEL era el administrador de la empresa y era el hijo del señor ALVARO CARRILLO. Que el señor ALVARO CARRILLO no era el papá biológico del actor sino el padre de crianza. Señala que en las oficinas siempre estaba Doña Beatriz. Dice que cuando llegó a laborar en la empresa primero se presentó y habló con el señor VICTOR MANUEL, luego con la señora BEATRIZ y que después le presentaron al jefe que era el señor ALVARO CARRILLO. Que VICTOR MANUEL cumplía un horario de trabajo de 6 a.m. a 6:30 p.m. Que no sabe cuál era el salario del señor VICTOR MANUEL, ni tampoco si estaba afiliado a seguridad social. Que el testigo en el tiempo que trabajo estuvo afiliado a seguridad social, que las afiliaciones las hacía la señora BEATRIZ por órdenes del señor ALVARO CARRILLO. Que en las cotizaciones a seguridad social aparecía como empleador el señor ALVARO CARRILLO y que cuando iba hacer prestamos en las cartas aparecía como empleador ALVARO CARRILLO. Que no sabe si al actor le pagaban las prestaciones sociales. Que el señor ALVARO CARRILLO le daba órdenes al señor VÍCTOR MANUEL como por ejemplo que estuviera pendiente de los trabajadores o que subiera el dinero a la gerencia. Que no sabe porque finalizó la relación laboral del señor VICTOR MANUEL. Que el señor ALVARO CARRILLO trataba a VICTOR MANUEL como un empleado más. Que sabe que fue un despido injustificado porque su familia aún trabaja en la empresa. Que cuando estaban en la zona de corte el señor CARRILLO decía mande los muchachos a la oficina que les voy a pagar.

- **Jorge Enrique Acero** señala que conoce al señor VICTOR MANUEL porque **trabajaron en "Pavo Munich"** y que el señor ALVARO CARRILLO era su patrón en "Pavo Munich". Que ingresó a laborar en el año 1999 y que para esa fecha el señor VICTOR MANUEL ya estaba laborando. **Que el propietario era don ALVARO CARRILLO, que era una empresa que**

estaba registrada en la Cámara de Comercio y Don ALVARO era el propietario y figuraba en todo. Que la empresa se dedicaba a los embutidos. Que el señor ALVARO CARRILLO también se dedicaba a la ganadería, construcción y el transporte. Que VICTOR MANUEL era hijo de Doña Blanca Cecilia. Que no sabe porque termino el contrato de trabajo. Que no sabe cuánto devengaba VICTOR MANUEL. Que VICTOR MANUEL cobraba el sueldo y comisiones, que los pagos se hacían en efectivo por Doña BEATRIZ y que ella les daba recibo. Que VICTOR MANUEL tenía vacaciones. Que VICTOR MANUEL fungía como administrador y no como empleador. Que el testigo laboró hasta el año 2005. Que las órdenes que daba el señor CARRILLO a VICTOR MANUEL eran normales de un patrón a un empleado, que el trato con VICTOR MANUEL era igual que con los demás trabajadores. Que VICTOR MANUEL cumplía horario de trabajo que ingresaba a la salsamentaria a las 6 am y salía a las 6:30 p.m. Que la señora BEATRIZ era la secretaria del señor CARRILLO. Que el dinero se recogía y se le entregaba al señor ALVARO CARRILLO.

- **Natalia García** indica que **trabajó para la empresa "Pavo Munich"** del 2013 a 2014 como mesera y organizaba la producción. Que la empresa se dedica a la venta de Sandwich, pavos, perniles y demás. **Que en la empresa conoció a VICTOR MANUEL que era el administrador de la empresa** y tenía como función estar pendiente de la producción y de los empleados. Que no sabe cuánto devengaba el señor VICTOR MANUEL. Que VICTOR MANUEL es hijo adoptivo del señor CARRILLO. Que le consta que recibía salario, pero no sabe cuánto. Que a VICTOR MANUEL le pagaban prestaciones, vacaciones, todo. Que VICTOR MANUEL estaba afiliado a seguridad social al igual que los demás trabajadores. Que la señora BETTY era la encargada de los pagos y de las cuentas. Que en los aportes a seguridad social de la testigo aparece como empleador el señor CARRILLO y la empresa "Pavo Munich". **Que el empleador era VICTOR MANUEL.** Que el señor CARRILLO le daba órdenes a VICTOR MANUEL como un empleado más como por ejemplo que subiera a la oficina para recoger las cuentas. **Que el dueño de la empresa era el señor CARRILLO, quien era el jefe de ellos y VICTOR era el administrador no el jefe**. Que VICTOR MANUEL cumplía horario de trabajo de 6 am a 6:30 p.m., pues dejaba todo organizado para el

día siguiente. **Que no sabe si VICTOR MANUEL le rendía cuentas al señor CARRILLO**. Que VICTOR MANUEL estaba pendiente de todo. **Que el señor CARRILLO iba era una vez a la semana a recoger el producido.** Que no vio ningún documento donde se evidenciara que el señor CARRILLO era el dueño de la empresa.

• **Cristian Camilo Gómez Bonilla** indica que tuvo vínculo laboral con ambas partes. Que el señor CARRILLO era su empleador en "Pavo Munich" y que el señor VICTOR MANUEL era su jefe inmediato. Que el señor VICTOR MANUEL era empleado de "pavo Munich". Que no recuerda con quien hizo el contrato de trabajo. Que no sabe con quién tenía el contrato el señor VICTOR MANUEL. Que no sabe el valor del salario del señor VICTOR MANUEL. Que VICTOR MANUEL era el responsable de todos los trabajadores. Que tiene entendido que **VICTOR MANUEL estuvo desde que inició la empresa** y que se retiró en el año 2017. Que don VICTOR MANUEL es hijo de la esposa de don ALVARO CARRILLO. Que no sabe si a VICTOR MANUEL le pagaron la liquidación. Que no sabe porque terminó el contrato de trabajo. Que fue sustituido por CARLOS el esposo de YANETH otra de las hijas de don ALVARO CARRILLO. Que el propietario de "Pavo Munich" era el señor CARRILLO. Que VICTOR MANUEL cumplía horario de trabajo. Que BEATRIZ era la secretaria y realizaba los pagos por órdenes de don ALVARO CARRILLO.

• **Miguel Antonio Rodríguez Domínguez** señala que trabajo para don ALVARO CARRILLO en el año 1977 como conductor y que duró 4 o 5 años hasta el año 1981 o 1983 y que después de ese año no sabe nada. Que lo único que sabe es que era una empresa familiar.

• **Edward Antonio Parra Lucas** indica que conoce a VICTOR MANUEL desde el año 2010 cuando comenzó a trabajar con el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO. Que fue empleado de una constructora que don ALVARO tenía en chía "ACC inversiones" y luego pasó a "Industrias Munich" el 02 de febrero del 2010, luego fue conductor del señor CARRILLO y luego pasó a "Pavo Munich". Que en "Pavo Munich" su jefe inmediato era VICTOR MANUEL. Que VICTOR MANUEL era el encargado de "Pavo Munich". Que

terminó su contrato de trabajo el 12 de febrero de 2017. Al preguntársele si entre 2014 a 2017 era empleado de "Salsamentaria Munich" respondió que sí. Y dijo que esa empresa era de propiedad del señor CARRILLO. Que el administrador de la empresa era VICTOR MANUEL. Que no tiene conocimiento sobre algún contrato de arrendamiento entre las partes. Al interrogársele sobre si tenía seguridad social manifestó que sí, que los aportes los hacia "Industrias Munich" que el manejaba una camioneta y trabajaba para "Industrias Munich". Al preguntársele que relación existía entre las partes dijo que como un patrón a un empleado y que el señor CARRILLO le dijo que VICTOR MANUEL era su hijo. Que los aportes a seguridad social del testigo los hacía el señor CARRILLO o "Industrias Munich" o "Pavo Munich". Dice que no sabe que acuerdo familiar tenían en los negocios. Que el señor CARRILLO era quien les paga. Que el señor VICTOR MANUEL era el jefe inmediato que cuando el señor CARRILLO no estaba VICTOR MANUEL hacia todo, mandaba y organizaba. Que se daba cuenta que el señor VICTOR MANUEL cumplía horario porque cuando el llegaba el señor VICTOR MANUEL ya estaba. Que nunca vio al señor CARRILLO llamándole la atención a VICTOR MANUEL. Que el señor VICTOR MANUEL desempeñaba sus funciones turnándose con Edward Carrillo otro de los hijos de don ALVARO CARRILLO. Que don ALVARO CARRILLO no se rotaba con Edwar y con VICTOR MANUEL. Que el testigo era almacenista y que el señor CARRILLO decidió retirarse de la constructora, por lo que le dijo que se pasara a "Industrias Munich", que el señor CARRILLO llamó a VICTOR MANUEL y le dijo mire aquí esta Edward esta a su disposición él va a pertenecer ahora a la Munich y le dijo al testigo que de ahora en adelante VICTOR MANUEL era quien lo iba a mandar pero que el sabía que el patrón seguía siendo el señor CARRILLO y que el señor CARRILLO lo sacaba de "Industrias Munich" para hacerle otras actividades como llevarle el mercado.

Del anterior, recuento testimonial el cual se escuchó de manera exhaustiva, se evidencia que para demostrar la prestación del servicio del actor a partir del 09 de julio de 2003 fecha hasta la cual encontró el fallador de primera instancia probado el contrato de trabajo, en nada sirve lo dicho por el testigo **Miguel Antonio Rodríguez Domínguez** como quiera que fue claro al

señalar que laboró desde el año 1977 a 1983 y que con posterioridad a ese año no tiene ningún conocimiento frente a la relación que aquí nos ocupa.

En cuanto a los demás testigos relatados previamente, es claro que contrario a lo dicho por el apelante con ellos no se logra probar la prestación del servicio del señor VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL para el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO como persona natural, pues sus relatos dan cuenta de que tanto el actor como ellos fueron empleados de la empresa "Pavo Munich" persona jurídica que no se encuentra demandada dentro del presente proceso y frente a la cual no se está solicitando la declaratoria de un contrato de trabajo.

Ahora, si bien los testigos refieren que el empleador del actor era el señor ALVARO CARRILLO al ser el propietario de la empresa "Pavo Munich", lo cierto es que es muy diferente que el actor haya prestado sus servicios para la empresa "Pavo Munich" de propiedad del demandado a que haya prestado sus servicios al demandado como persona natural, que es lo que se pretende en este proceso y de lo cual no da fe ninguno de los testigos.

Adicionalmente, ni siquiera existe certeza de que el demandado sea el propietario o socio de la empresa "Pavo Munich", pues ninguno de los testigos vio un documento que así lo señalara simplemente dicen que sabían que el demandado era el propietario y que el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL era el administrador o Gerente de esa empresa. Es más, ni siquiera existe certeza de que "Pavo Munich" fuera una empresa, pues lo que se evidencia con las documentales allegadas al plenario es que "Pavo Munich" donde dicen todos los testigos que trabajaron con el actor, es un establecimiento de comercio, lo cual es diferente a una empresa, pero además conforme al certificado de la cámara de comercio, el cual no fue desconocido ni tachado por el actor, se evidencia que quien figura como propietario de ese establecimiento de comercio es el mismo actor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL (fl. 155), establecimiento que se señala funciona en la AK 45 N° 198 – 12 dirección en la que los testigos refieren que el actor prestaba sus servicios.

Y es que si bien en el certificado de tradición de matricula inmobiliaria expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro aparece que el inmueble ubicado en AK 45 N° 198 – 12 es de propiedad del demandado (fls. 97 a 101), lo cierto es, que frente al establecimiento de comercio "Pavo Munich" que funcionaba en esa dirección aparece como propietario el mismo actor, quien conforme a las pruebas documentales allegadas se evidencia que fungía como empleador y no como lo pretende hacer ver como trabajador del señor CARRILLO.

Pues nótese que se aportó (i) la historia laboral del actor expedida por COLPENSIONES en donde se evidencia que el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO sólo le cotizó como empleador hasta el 15 de enero del 2004 y que a partir de esa fecha el actor cotizaba como independiente (fls 161 a 168), (ii) contrato de arrendamiento suscrito por las partes en donde el demandado le arrienda al actor un inmueble (local comercial) a partir del 09 de julio de 2003 (fls. 169 a 171); (iii) formularios de vinculación al sistema general de pensiones de diferentes trabajadores como Augusto Muñoz, Juan Camilo Mora, Fabián Ricardo Mango, Mauricio Triana, Miguel Ángel Quiroga, Luis Hernán Moreno Vaca y Javier Monterrosa en los cuales figura como empleador el señor VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL demandante dentro del presente proceso (fls. 179, 181, 183, 185, 189, 191 y 193); (iv) formulario de solicitud de vinculación del empleador al Sistema General de Riesgos profesionales en el que aparece como empleador VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL el 05 de febrero de 2004 (fl. 195); (v) solicitud de vinculación de trabajadores al sistema general de riesgos profesionales del trabajador Leobigildo Saza en donde aparece como empleador para el 01 de febrero de 2004 el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL (fl. 197); (vi) formulario de vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales del trabajador Oscar Herrera Riaño en donde aparece como empleador para el 16 de octubre de 2013 el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL (fl. 199 y 201); (vii) formato relación para pago de incapacidades por ATEP el cual se suscribe por VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL como empleador (fl. 203); (viii) oficio dirigido el 26 de agosto de 2011 a la ARP POSITIVA en el cual firma el actor como representante legal (no indica de que empresa) y

autoriza para el retiro de dos (2) carnets "que figuran najo la razón social de VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL identificado con Nit. 19.423.868-0" (fl. 205), (ix) contratos individuales de trabajo con trabajadores como el señor Augusto Sarmiento Muñoz, Darío Molano Hernández y Álvaro Moreno Usma en los que firma como empleador el 22 de enero de 2004 el señor VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ VILLAMIL (fl. 202, 209 y 211); (x) Resolución N° 115522 del 12 de agosto de 2010 expedida por el Seguro Social en la que reconoce una pensión de vejez al afiliado AUGUSTO SARMIENTO MUÑOZ y en cuyos considerandos se señala que su último empleador fue el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL NIT N° 19423868 (fls. 213 a 215); (xi)certificación de la COMPAÑÍA DE SEGUROS POSITIVA S.A. del 23 de diciembre de 2013 en el que hace constar que el señor OSCAR NORBERTO HERRERA RIAÑO está afiliado como trabajador de la empresa denominada "VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL" (fl. 219); (xii) planillas de pago de aportes de diferentes trabajadores en los que aparece como empleador el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL para los años 2008 y 2015 (fls. 225 a 229); (xiii) renuencia presentada el 28 de enero de 2011 por el trabajador JHON ALEXANDER RIAÑO la cual dirige a "SALSAMENTARIA PAVO MUNIC -Víctor Manuel Rodríguez) (fl. 231); (xiv) Memorando a trabajadores firmado por Víctor Manuel Rodríguez como Representante Legal de PAVO MUNICH (fl. 233, 235); (xv) liquidaciones de contrato de trabajadores que laboraron en el año 2013-2014 en el que aparece como empleador VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL (fl. 241); (xvi) oficio del 25 de noviembre de 2013 dirigido a APORTES EN LINEA suscrito por el actor en el que señala "Pavo Munich en cabeza mía Víctor Manuel Rodríguez Villamil…" (fl. 243); (xvii) certificaciones laborales firmadas por el actor como Representante legal de PAVO MUNICH (fl. 245, 247 y 249); (xviii)oficio del 29 de enero de 2008 suscrito por el actor como empleador en el que indica que PAVO MUNICH hace entrega de las cesantías del año 2007 al trabajador AUGUSTO SARMIENTO (fl. 251) y, (xix)oficio del 22 de junio del 2007 dirigido al Ministerio de Trabajo suscrito por el actor como representante legal de PAVO MUNICH solicitando autorización para el pago parcial de unas cesantías (fl. 253).

Los anteriores documentos presentados por la parte demandada con fines probatorios se reputan auténticos sin necesidad de autenticación, ni presentación personal, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del art. 54A del CPT y de la S.S., pues los mismos no fueron tachados de falsos por quienes los suscribieron; razón por la cual tienen pleno valor probatorio.

De ellos se desprende que el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO únicamente fungió como empleador del actor hasta el **15 de enero de 2004** (fecha de la última cotización que le efectúo como empleador) y no como lo dijo el fallador de primera instancia hasta el 09 de julio de 2003, pues siguió realizando cotizaciones como empleador, por lo que se modificará el extremo final de la relación laboral.

Ahora, también permiten ver que con posterioridad al 15 de enero de 2004 no existe ninguna prueba de que el actor le haya prestado algún servicio al señor ALVARO CARRILLO como persona natural, por el contrario lo que se evidencia es que contrario a su dicho el actor era quien fungía como empleador de PAVO MUNICH.

Lo anterior, coincide con el dicho de la señora **Rosa Beatriz Gutiérrez Sandoval** que es la persona que todos los testigos relatan como la secretaria y encargada de los pagos de Pavo Munich y cuyo dicho genera total credibilidad a la Sala pues fue quien tuvo un conocimiento directo de los hechos desde el año 1977 al año 2017 y quien señaló que el señor ALVARO CARRILLO CAICEDO era el padre de crianza del señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL. Señala que el señor CARRILLO fue el propietario del establecimiento de comercio “SALSAMENTARIA MUNICH” del año 1974 al 2004 y que la testigo trabajo con el demandado. Indica que don ALVARO CARRILLO le arrendó el establecimiento de comercio a Don VICTOR MANUEL; que VICTOR MANUEL le pagaba al demandado un arriendo de $2’000.000 y que el señor VICTOR MANUEL quedó como dueño del establecimiento de comercio y todos los documentos del establecimiento eran a nombre de él, lo cual coincide con la prueba documental reseñada anteriormente.

Además, dice que tiene conocimiento de su dicho pues pasó a ser la secretaria del actor hasta el año 2016. Dice que el señor ALVARO CARRILLO le tenía tanta confianza al actor que le dejo el establecimiento de comercio; que se liquidaron todos los trabajadores en el año 2004 y firmaron nuevamente contrato, pero ahora con el señor VICTOR MANUEL. Señala que el señor CARRILLO como padre del señor VICTOR MANUEL del año 1986 al 2004 tuvo al actor como su trabajador para enseñarle a trabajar y que desde el 2004 le dejo la empresa. Señala que ella era la encargada del manejo de la seguridad social. Que don ALVARO le entregó toda la empresa en el 2004 a VICTOR MANUEL, se la arrendó y que el señor RODRIGUEZ los afilió a todos a seguridad social y que después del año 2004 el empleador fue el señor RODRIGUEZ.

Por todo lo anterior, es claro que no es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo sino hasta el **15 de enero de 2004**, sin embargo, al igual que lo señaló el fallador de primera instancia se debe absolver de las demás pretensiones, pues éstas se encuentran prescritas como quiera que el actor sólo radicó la demanda hasta el 23 de mayo del 2018, por lo que es claro que transcurrió más de 3 años desde que cada una de las acreencias laborales reclamadas se hizo exigible, por lo que se encuentran prescritas.

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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** que entre VICTOR MANUEL RODRIGUEZ VILLAMIL y ALVARO CARRILLO CAICEDO existió una relación laboral entre el 01 de septiembre de 1977 al 15 de enero de 2004, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR todo lo demás.

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

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 JAVOER SOLANO BONILLA, la suma de STETENTA 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 p robadas 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. (Fl 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 prorrogas que la última prorroga 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 resolutiva. 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 entones 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 prorrogas al término inicial, el contrato se prorrogaría por un año, tal cláusula sería invalida 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 termino inicial, la tercera es por un año; debe tenerse como una cláusula totalmente valida, 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,

R E S U E L V E

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