REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación No. 28-2021-00105-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**
DEMANDADO : **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA**
ASUNTO : **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO – APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 117 del CPT y SS.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA,** obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en contra de **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA**, para que previos los trámites de un proceso especial de fuero sindical, se ordene:

1. Que se disponga que entre el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA,** existe y está vigente una relación laboral mediada por un contrato de trabajo a término indefinido iniciada el 26 de julio del año

2012 con la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** y que se mantiene en la actualidad, sin solución de continuidad

2. Que se disponga que entre el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA,** le es aplicable en todas sus partes la convención colectiva de trabajo suscrita entre la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A**. y el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** ***"SINTRAVALORES".***

3. Que se disponga que el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, se encontraba amparado por el fuero sindical al momento de su despido.

4. Que se disponga que el despido efectuado el 29 de diciembre del año 2020, a mi poderdante el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA** es ilegal, toda vez que no existió orden del juez del trabajo para ello.

5. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el despido efectuado a mi poderdante el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA** por la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** es inexistente.

6. Que se ordene a la entidad demandada, a reintegrar al Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, a su antiguo cargo, o a otro puesto de trabajo de igual o mejor categoría y salario.

7. Que se condene a la entidad, **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, a pagar a mi poderdante, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, a título indemnización, los salarios y demás prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir, entre la fecha del despido y hasta la fecha en que opere el reintegro.

8. Que de oponerse la entidad demandada, **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, y de resultar condenados, deben pagar las costas del presente proceso.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que la sociedad “THOMAS GREG & SONS TRASPORTADORA DE VALORES S.A.” cambió su nombre por el de "THOMAS PROSEGUR S.A.", sociedad que luego también cambio su nombre por el que tiene actualmente denominado y conocido como **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

Que, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, presto sus servicios a la entidad, **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, desde el día 30 de julio del año 2005 hasta 29 de diciembre del año 2020.

Que, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, presto sus servicios para la entidad, **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, desempeñando el cargo de operador de control, en esta ciudad de Santa Marta, devengando un salario promedio mensual de $1`347.000.oo, para el momento del despido.

Que la demandada dotó al demandante de uniformes con las insignias que identifican a la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, y que les permitía a sus clientes, reconocerlo como uno de sus trabajadores, así como de carnet, armas de propiedad de la demandada para la protección personal y de los valores que transportaba para sus clientes.

Que el demandante prestó sus servicios en las instalaciones, locales y vehículos de propiedad de la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

Que la demandada **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** capacitó, supervisó, le impuso horarios, dirigió y dio órdenes al demandante, para el cumplimento de todas sus labores, durante todo el tiempo que duro la relación laboral.

Que al momento de ser contratado por la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.,** ésta lo hizo utilizando un aparente contratista independiente denominado **SEGURIDAD COSMOS LTDA,** quien aparentemente, le prestaba algunos servicios en actividades propias del objeto social de **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

Que en la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. -** existe el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA**

S.A. "SINTRAVALORES", y que el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, es afiliado al **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. *"SINTRAVALORES***", desde el día 25 de julio del año 2016.

Que el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. *"SINTRAVALORES"***, comunicó a la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.,** la afiliación del demandante a este sindicato, el día 29 de julio del año 2016.

Que entre el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. "SINTRAVALORES"** y la entidad, Thomas Prosegur S.A, (hoy **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**) existe firmada y vigente, una convención colectiva de trabajo que aplica, sin distinción, a todos los trabajadores de la compañía, tal como lo dispone la cláusula tercera y quinta de la convención colectiva de trabajo.

Que la convención firmada para el año **2008- 2009,** que se mantuvo vigente por las prórrogas automáticas legales hasta el día 20 de octubre de 2015, fecha en se firma una nueva convención que recoge la anterior, fija pautas para algunos trabajadores nuevos dentro los que no está el demandante.

Que, las cláusulas de la convención colectiva de trabajo, antes mencionada, están integradas al contrato de trabajo del demandante, desde el momento mismo del inicio de la relación laboral 30 de julio del año 2005, por la cláusula de envoltura del artículo 3° de la anterior convención colectiva de trabajo.

Que la referida convención colectiva de trabajo, en su cláusula quinta, tanto en la anterior convención como en la actual, establece que: *Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a **THOMAS PROSEGUR S.A.** (hoy **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**) tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. (...)*

Que, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, fue elegido como tesorero de la de la subdirectiva seccional Santa Marta del **SINDICATO NACIONAL DE PRIMER GRADO DE EMPRESA DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SUS SERVICIOS ALA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. "SINTRAPROSEGUR"** el 14 de agosto del año 2016.

Que, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA** está amparado por la garantía de fuero sindical derivada del literal (c), del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo.

Que, la **COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo de mi poderdante, el Señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, el día 29 de diciembre del año 2020, produciendo un despido ilegal, toda vez que no existió autorización del juez del trabajo para despedir a mi poderdante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito, y surtido su traslado, la accionada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA, contestó la demanda conforme se evidencia en audiencia adelantada el 22 de agosto de 2022 en la que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron en su defensa como excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ 28º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 17 de marzo de 2023, en la que resolvió DECLARÓ la existencia de una relación laboral entre el demandante, señor EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA y la encartada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR COLOMBIA SA, el cual estuvo vigente entre el 30 de julio de 2005 al 29 de diciembre de 2020, en aplicación del principio de la primacía de la realidad.

DECLARÓ PROBADA la excepción que se denominó IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO POR INEXISTENCIA DEL FUERO PRETENDIDO.

ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar, se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

1. **CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO**: Así las cosas, señala que si bien se encuentra de acuerdo con la relación laboral declarada y sus extremos temporales, lo cierto es que el juzgado de primera instancia no especificó que fuera un contrato de trabajo a término indefinido, lo cual resulta relevante, en la medida que, al aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe ser declarado a término indefinido.

2. **FUERO SINDICAL**: Señala que si bien el Juzgado declaró la existencia de una relación laboral entre las partes vigente desde el 30 de julio de 2005 hasta el año 2020, también lo es que afirmó que el demandante no gozaba de fuero sindical, sin embargo, resalta que la norma no prevé que exista un tesorero principal y uno suplente, precisando que en el presente caso, se conformó una subdirectiva en la ciudad de Santa Marta, como si hubiera sido un sindicato diferente, de conformidad con la certificación allegada por el Presidente de SINTRAVALORES que así lo hizo saber al Juzgado, con lo que le bastó a la operadora para no aplicar la convención colectiva al trabajador.
   No obstante lo anterior, la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRAVALORES y la demandada, es una convención que contiene la cláusula tercera, la cual se mantuvo vigente al renovarse automáticamente, conforme la Ley laboral por 6 meses, y la nueva convención se suscribió en el 20 de octubre, y la relación laboral comenzó a laborar en el año 2015, señala que la que estaba suscrita estaba vigente, no quiere decir que ingresó a laborar bajo la existencia de la convención de 2008, sin embargo la Convención Colectiva de 2015 si se aplicaría al trabajador, pese a estar vigente en ese momento, conforme su cláusula tercera, sin que dependa que el Presidente del Sindicato certifica o no que estuviera afiliado el demandante a la Organización Sindical.
   Así pues, señala que para pertenecer a la Organización Sindical tan solo se requería tener vigente un contrato de trabajo con PROSEGUR, situación que ocurrió en el presente caso, y no si el Sindicato era mayoritario o minoritario, o si el trabajador pagaba cuotas sindicales, etc., y en ese sentido, al declararse la existencia del contrato de trabajo, debe obligatoriamente aplicarse la convención colectiva de trabajo, aunado al hecho de tener fuero sindical, en tanto que, desempeñó el cargo de tesorero en la Subdirectiva, los 4 tienen fuero sindical, dos de ellos, los que le otorga la ley, y los otros dos, los que se pactaron con el empleador, conforme el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, precisando que la Convención Colectiva del Trabajo hace parte del contrato de trabajo y pertenece a los derechos mínimos e irrenunciables.
   Ahora, si bien el operador jurídico en Colombiana tiene unas facultades ultra y extra petita, que establece que cuando en un proceso se discute las

situaciones establecidas en la ley y demostradas, que no le fueron concedidas al trabajador, el operador judicial debe darlas, precisando que es un proceso radicado en el año 2021, para esa fecha no había salido la sentencia SL3764 de 2022, sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia resuelve un recurso de casación interpuesto por la aquí demandada, en donde ganó uno de los trabajadores, en un proceso adelantado en la ciudad de Medellín, en donde el Tribunal ordenó de manera ultra y extra petita el reintegro del trabajador de PROSEGUR, reintegro que ni siquiera estaba pedido en la demanda, en donde se le aplicó la cláusula tercera de la convención colectiva del trabajo, por disponerlo así el artículo tercero, al haberse acreditado haber sido despedido sin justa causa, y dentro del presente proceso no hay ninguna conducta calificada como causal de terminación del contrato, dado que en términos de la sentencia SL4547 de 2018, no obsta con comunicar los motivos por los cuales conlleven a la finalización unilateralmente el contrato de trabajo, sino que para que se repute como justo, debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente la ocurrencia del hecho, de lo contrario, fallara en la labor demostrativa que incumbe en el escenario judicial. En el presente asunto, la demandada no allegó prueba alguna que acredite la ocurrencia del hecho que determine que el demandante incurrió en una conducta calificada que pudiera determinarse como justa causa para finalizar el contrato de trabajo, así como tampoco se aplico el procedimiento convencional que establece la cláusula sexta para dar por terminado el contrato de trabajo.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar, se nieguen a las pretensiones incoadas en la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

1. **EXISTENCIA RELACION LABORAL**: Señala que si bien el Juzgado de instancia declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, conforme la único testigo traída a juicio, lo cierto es que, hay prueba documental que acredita que el demandante suscribió un contrato con la empresa COSMOS LTDA, la cual se dedica a la seguridad privada, pues por su parte PROSEGUR es una empresa transportadora de valores, o en ese caso no podrían existir empresas en el país, pues todas requieren de una empresa de seguridad para desarrollar su objeto social, incluso hasta los centros comerciales o conjuntos residenciales, que tienen la facultad de contratar empresas de seguridad privada.

   En ese sentido, todos los trabajadores que tengan la misión de vigilancia en cualquier instalación u empresa, serían considerados como trabajadores de esa empresa.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que PROSEGUR no tiene licencia que le permita desempeñar las competencias de prestar servicios de vigilancia de seguridad privada, por tal razón debe contratar y cuente con esa licencia como lo es seguridad de sus instalaciones, resaltando que el demandante nunca prestó sus servicios como transportador de valores, sino simple y llanamente como vigilante, servicio que presta COSMOS LTDA.

Respecto de la testigo, quien afirmó que al demandante lo trasladaron de Bogotá, sin embargo al indagarle en que momento fue eso, sin tener certeza del supuesto traslado, quien ordenó el traslado y en que época fue. Así mismo, indicó la testigo haber conocido al demandante hace 12 años, sin embargo no fue clara en determinar y explicar los extremos temporales de la relación laboral.

Respecto del carnet entregado al demandante, en ninguna parte del carnet se indica que fuera trabajador de PROSEGUR, tan solo es una identificación en caso que un policía quiera inspeccionar el carro transportador de valores.

Así las cosas, debe estudiarse el contrato comercial entre PROSEGUR y COSMOS LTDA, pues no se le dio la validez probatoria que tenía ese contrato, en el que se puede establecer las condiciones comerciales en las cuales PROSEGUR y COSMOS acordaron la prestación del servicio.

Recurso que procede a resolver la Sala, de acuerdo a lo normado en el artículo 66 A del CPT y la SS, y las siguientes:

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”.*

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a

la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos[1]:

> *"Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)*
>
> *La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal "todos" para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato." (Negrillas y subrayas de la Sala)*

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

> *"Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación".*

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

[1] ST-330/05. H. Sierra

"Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

"Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

"5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical

5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.

5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,

"A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse "inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la

autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador"[2], habida cuenta que "el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración"[3].

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad[4]. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001[5], razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral[6].

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir[7].»

---

[2] Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: *"Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia" y "se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto", siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961.*
Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo".
[3] *Idem.*
[4] T-029 de 2004, T-731 de 2001
[5] T-253 de 2005
[6] C-1232 de 2005
[7] C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: "En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial".

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

A la luz de estas preceptivas, procede la Sala con el análisis tendiente a determinar si el señor **EDUAR ANTONIO HOYOS MAUSA**, al momento de la terminación del contrato de trabajo el 29 de diciembre de 2020 gozaba de la protección de fuero sindical, y si en consecuencia, se dio por terminado con justa causa. En ese sentido, si el empleador COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA solicitó el respectivo permiso ante el Juez laboral, y si es procedente el reintegro, junto con el pago de los correspondientes salarios, prestaciones sociales.

1. DEL FALLO EXTRA PETITA:

Sea lo primero señalar que, el demandante solicitó que fuera reintegrado al cargo que venía ocupando al momento del despido o a uno de igual o superior categoría, reconociéndosele salarios y demás prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir desde el despido hasta la fecha en la que se ordene el reintegro, además de la condena a cargo de PROSEGUR por concepto de costas y agencias en derecho.

Es así que, se infiere que para lograr su reintegro en virtud del fuero sindical que aduce que le protegía, el demandante reclama como su verdadero empleador a la sociedad demandada PROSEGUR SA.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

Es por lo anterior que se debe traer a colación lo establecido en el artículo 50 del CPTSS sobre las facultades ultra y extra petita:

> *"El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (…)"*

En el presente asunto, la verdadera relación laboral entre el actor y PROSEGUR SA fue discutida (lo que mas adelante se establecerá si quedó debidamente probada), tanto así que dicha sociedad, siempre defendió, incluso en su recurso de apelación, que el demandante estuvo vinculado a otra empresa, garantizándole el derecho de defensa al extremo pasivo.

Ahora, no puede tomarse la precitada norma de manera restringida al pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, pues de conformidad con el art. 48 del CPTSS, el juez como director del proceso debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto a los derechos fundamentales y el equilibrio ante las partes, y por otro lado, el transcrito artículo 50 ibídem, tampoco otorga las facultades ultra y extra petita en los procesos especiales, como en el fuero sindical.

Es así que éste punto de apelación no tiene vocación de prosperidad, mas aun cuando, aunque la juez de primer grado no anunció que haría uso de las facultades anteriormente mencionadas, o su uso fue solicitado por el extremo actor, ello no delimita su aplicación, ya que estas se encuentran contempladas en la ley.

2. DEL VÍNCULO LABORAL:

Bajo este entendido, y descendiendo al sub lite observa la Sala que el demandante afirma haber prestado sus servicios en el cargo de operador de control a favor de la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA SA, mediante un contrato a término indefinido, y que COSMOS LTDA fue una simple intermediara.

Por su parte la accionada al contestar el libelo, no aceptó la existencia de un vínculo laboral con el demandante, aclarando que este se había dado mediante un contrato de trabajo comercial que suscribió con COSMOS LTDA quien le prestaba el servicio de seguridad y vigilancia con armas, en el transporte de valores que ella ejercía.

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como

lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración ".*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

En el caso que hoy ocupa la atención de la Sala se tienen probados los siguientes supuestos facticos: Que existió una relación laboral entre el actor con la empresa de Seguridad y Vigilancia COSMOS LTDA, ejerciendo la labor de operador de control, que tal relación se dio mediante contrato de trabajo a término indefinido, y tuvo como extremos temporal del 30 de julio de 2005 y diciembre 29 de 2020, fecha que se verifica de la certificación expedida el 10 de agosto de 2020 y carta de terminación que data del 29 de diciembre de 2020.

Así mismo, reposa memorando GRH – 480 expedido por la demandada el 4 de mayo de 2009, dirigido al aquí demandante, por medio del cual le informa que le harán entrega de los tiquetes canasta por $50.000, como ganador de la rifa del Boletín de calidad del mes de febrero, precisándole que dicho valor no constituye salario en ningún caso, ni será tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

También quedo demostrado que la empresa COSMOS LTDA suscribió un contrato de colaboración empresarial para la explotación de un negocio conjunto para la prestación a terceros de servicios de transporte de valores con seguridad especializada (folios 122 a 125 archivo “14Contestacion”

En el presente asunto, raposa a folio 11 del archivo “01Demanda” reposa copia del carnet que contiene el logo y nombre de la empresa demandada, así como la firma del demandante.

Se recibió el testimonio de la señora LUZ LEDIS CARABALLOS, quien afirmó conocer al demandante, y quien indicó ser compañera del demandante por 12 años aproximadamente, desde el año 2008 al año 2020, indicó que el demandante se desempeñó en el cargo de Operador de video, pero fue traslado. Que la persona que le impartía órdenes se llama Rodolfo Vargas. Finalmente manifestó que el demandante portaba uniforme de la empresa PROSEGUR.

Ahora, reposa carta de terminación que data del 29 de diciembre de 2020, en la que la sociedad SEGURIDAD COSMOS le da por terminado el contrato de trabajo al demandante, con ocasión a la revisión del contrato comercial suscrito con PROSEGUR SA, disponiendo cancelar los servicios que COSMOS LTDA venía prestando para el citado cliente en diferentes ciudades, dando por terminada la relación laboral sin justa causa a partir de la fecha, reconociéndole la indemnización a la que legalmente tiene derecho.

Ahora, lo pretendido por el apelante es que se declare la relación laboral a término indefinido entre el actor y la demandada Prosegur, porque según su decir, el actor presto sus servicios, siempre bajo la dirección de la demandada, en sus instalaciones, y con el armamento suministrado por la demandada. Por su parte la demandada pretende se revoque la decisión de primera instancia, como quiera que se suscribió un contrato comercial con la sociedad COSMOS LTDA, quien es el verdadero empleador del demandante, quien suscribió contrato de trabajo a término indefinido.

No se demostró que el armamento no fuera suministrado por COSMOS LTDA, ni que el trabajador no ejerciera su actividad personal a su servicio, como tampoco que esta empresa no ejerciera subordinación o dependencia respecto al trabajador, y menos aún, que no le cancelara su salario mensual.

Al respecto, el artículo 35 del CST establece:

> *"1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
>
> *2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
>
> *3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas."*

No es aplicable al presente caso el ordinal segundo del artículo 35 del CST, pues no se trata de una persona que agrupa o coordina servicios de determinados trabajadores, sino de una empresa que contrata a un trabajador mediante contrato a término indefinido, para prestar el servicios de operador de control a otras empresas, suministrando el empleador todos los elementos para prestar el servicio, sin perjuicio que en sus labores pueda utilizar los distintivos o logos de las empresas para las cuales está prestando el servicio comercial de seguridad.

En este caso se demostró que COSMOS LTDA no era un simple intermediario, sino una empresa legalmente constituida, y su vinculación con el trabajador lo fue mediante contrato a término indefinido, reiterando en esta medida el contrato de trabajo que suscribió el demandante con la empresa COSMOS LTDA.

Analizado lo expuesto, se advierte que le asiste razón al apoderado de la demandada, y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda y

absolver a Prosegur de Colombia SA, al encontrar probada la existencia entre el demandante y COSMOS LTDA de un contrato de trabajo a término indefinido, en tanto, no existe prueba que permita acreditar que el actor tenía un contrato de trabajo con la empresa PROSEGUR DE COLOMBIA SA.

Por lo tanto, al no existir contrato de trabajo entre el demandante y PROSEGUR SA, a ésta no le es oponible el fuero sindical invocado, por lo tanto, prospera la apelación elevada por la sociedad que conforme el extremo pasivo de la Litis.

En consecuencia, al no observarse la vulneración al principio de la primacía de la realidad sobre las formas alegada por el recurrente, se impone la **REVOCATORIA** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de PROSEGUR DE COLOMBIA LTDA.

COSTAS: Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de marzo de 2023, para en su lugar **ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra de PROSEGUR DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en la alzada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: 28-2021-00105-02

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2019-00033-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EDINSON HERRERA CARPIO**
DEMANDADO: **PRAMABELFORSEG LTDA**
CLAUDIA INES AMAYA FORERO (Solidarios)
JORGE MIGUEL MONTAÑO MEJIA (Solidarios)
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 3 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **EDINSON HERRERA CARPIO** instauró demanda ordinaria laboral contra **PRAMABELFORSEG LTDA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Declarar que entre EDINSON HERRERA CARPIO y PRAMABELFORSEG LTDA existió contrato de trabajo durante el periodo comprendido del 1 de abril de 2015 hasta el 23 de agosto de 2016.

2. Declarar que entre EDINSON HERRERA CARPIO y PRAMABELFORSEG LTDA, existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido el 13 de septiembre de 2016 hasta el 1 de septiembre de 2018.
3. Declarar a CLAUDIA INES AMAYA FORERO y JORGE MIGUEL MONTAÑO MEJIA solidariamente responsables de las acreencias debidas al actor, en su condición de socios capitalistas de PRAMABELFORSEG LTDA.

CONDENA:

1. AUXILIO DE CESANTÍAS: al valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de abril de 2015 al 23 de agosto de 2016.
2. INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de abril de 2015 al 23 de agosto de 2016.
3. PRIMA DE SERVICIO: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de abril de 2015 al 23 de agosto de 2016.
4. VACACIONES: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de abril de 2015 al 23 de agosto de 2016.
5. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO: El valor correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 24 de agosto de 2016 y hasta por 24 meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor y a partir de la iniciación del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando le pago se verifique.
6. SANCIÓN LEY 50 DE 1990 ART. 99: El valor correspondiente a esta sanción, como quiera que la sociedad demandada no cumplió con la obligación de consignar el auxilio de cesantía del año 2015 (proporcional) a un fondo.
7. AUXILIO DE CESANTÍAS: al valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de enero de 2017 al 1 de septiembre de 2018.
8. INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de enero de 2017 al 1 de septiembre de 2018.
9. PRIMA DE SERVICIO: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de enero de 2017 al 1 de septiembre de 2018.
10. VACACIONES: El valor correspondiente a éste derecho causado entre el 1 de enero de 2017 al 1 de septiembre de 2018.
11. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO: El valor correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 2 de septiembre de 2018 y hasta por 24 meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor y a partir de la iniciación del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando le pago se verifique.

12. SANCIÓN LEY 50 DE 1990 ART. 99: El valor correspondiente a esta sanción, como quiera que la sociedad demandada no cumplió con la obligación de consignar el auxilio de cesantía del año 2017 a un fondo.

13. INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA: El valor correspondiente a la indemnización por lucro cesante y daño emergente causado por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

14. Indexación legal

15. Gastos y costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad PRAMABELFORSEG LTDA, dio contestación al escrito inicial a través de apoderado judicial, así como los señores CLAUDIA INES AMAYA FORERO y JORGE MIGUEL MONTAÑO MEJIA, a través de Curador Ad Litem, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 31 de agosto de 2021 y 19 de octubre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 7 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el demandante EDINSON HERRERO CARPIO y la sociedad demandada PRAMABELFORSEG LTDA existieron 4 contratos de trabajo, el primero a término fijo y estuvo vigente entre el 13 de septiembre de 2016 y el 18 de abril de 2017; el segundo por obra o labor y estuvo vigente entre el 3 de mayo de 2017 y el 30 de noviembre de 2017; el tercero por obra o labor y estuvo vigente entre el 2 de diciembre de 2017 y el 30 de mayo de 2018; y el cuarto por obra o labor y estuvo vigente entre el 6 de junio de 2018 y el 30 de agosto de 2018.

DECLARÓ que el demandante EDINSON HERRERA CARPIO durante la vigencia de los contratos de trabajo anteriormente referidos devengó el salario mínimo legal mensual vigente.

ABSOLVIÓ a la sociedad demandada PRAMABELFORSEG LTDA de las pretensiones de la demanda incoadas por la parte demandante.

CONDENÓ en COSTAS al demandante y a favor de la demandada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. **CONTRATOS DECLARADOS**: Refiere que el segundo contrato vigente desde el 3 de mayo de 2017 al 30 de noviembre del mismo año no se observa que se haya suscrito por el demandante, precisando que no se observa que los 3 contratos hayan sido una realidad, por el contrario, la suscripción de estos 3 contratos fue una mera formalidad, con el fin de ocultar una única relación de trabajo, como quiera que no superan mas de un mes de diferencia, pues lo que aduce el representante legal es mentira, respecto que el demandante se ausentaba un mes, pues si se revisa la documental que aportó la parte demandante, ninguno supera el mes.

   Resalta que del primer contrato suscrito el 18 de abril de 217 y vuelve a suscribir un nuevo contrato el 3 de mayo del mismo año, sin embargo el mismo no se encuentra suscrito y finalizó presuntamente el 30 de noviembre de 2017, empero, vuelve a suscribir un nuevo contrato el 2 de diciembre de 2017, teniendo una diferencia de 2 días, con lo que se acredita que el demandante no se ausentaba por un mes, como lo afirmó el representante legal de la demandada, evidenciando que se quería ocultar una única relación laboral.

2. **PAGO DE LA LIQUIDACIÓN**: Por otro lado, se evidencia que, al liquidar los contratos, existen unas deducciones superiores al pago real de la liquidación, pues recibió la suma de $200.000 y $500.000, sin embargo al revisar las liquidaciones en la página 40, se reflejan descuentos superiores, por ejemplo en la primera liquidación existe un descuento de $538.069 y se paga única y exclusivamente $703.736.

   En la segunda liquidación, se descuentan $926.023 y se paga $268.524, por lo que es evidente que lo que la sociedad demandada fue ocultar una única relación laboral, desconociendo derechos del trabajador.

3. **MALA FE**: Indica que no se acreditó por parte de la demandada que se haya consignado el auxilio de cesantías en un fondo, como era su obligación; demostrando las malas prácticas que tiene la sociedad demandada, solicitando el pago de la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le

mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí conforme el material probatorio obrante en el plenario se acredita una única relación laboral vigente desde el 13 de septiembre de 2016 hasta el 30 de agosto de 2018, o si por el contrario, se acredita la existencia de 3 relaciones laborales, como lo declaró el Juzgador de primera instancia. **2)** Si hay lugar a re-liquidar el pago de las acreencias laborales. **3)** Si la demandada actuó de mala fe y hay lugar a condenarla por concepto de sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una única relación laboral en los términos indicados en la demanda, así como en el recurso de apelación, y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, declarar la existencia de 3 contratos de trabajo.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración ".*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente

es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el señor EDINSON HERRERA CARPIO alega que prestó sus servicios para la sociedad accionada en una única relación laboral desde el 13 de septiembre de 2016 hasta el 30 de agosto de 2018, y que al finalizar la relación laboral no le canceló de manera total las acreencias laborales.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la parte demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: copia de contrato de trabajo a término fijo por duración de 6 meses, suscrito el 13 de septiembre de 2016; certificación expedida por PRAMABELFORSEG el 22 de agosto de 2018, en el que se indica que el demandante laboró para la empresa desde el 13 de septiembre de 2016, desempeñando el cargo de guarda, con un contrato a término fijo. Requerimiento al demandante para presentar documentación relacionada al curso de vigilancia vigente. Memorando de llamado de atención realizado al demandante el 11 de agosto de 2018 por inasistencia al puesto de trabajo. Comprobante de pago realizado al demandante por parte del FONDO DE CESANTÍAS PROTECCIÓN por la suma de $1.281.236 realizado el 14 de febrero de 2017. Consulta de planilla por centros de trabajo, en la que se encuentra el demandante. Autorización de

retiro de cesantías del 12 de junio de 2018. Programación de turnos para el periodo de noviembre. Historia laboral del demandante expedida por PORVENIR en el que se reflejan los pagos por parte de la sociedad demandada; liquidación de prestaciones sociales en relación con el período comprendido el 01 de abril de 2015 al 23 de agosto de 2016.

Por otro lado, reposa contrato civil de prestación de servicios de vigilancia No. 0001-2016 suscrito entre la empresa demandada con la Unidad Residencial Avenida Décima, con el fin de prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada para la protección preventiva; otro sí al contrato civil de prestación de servicio de vigilancia No. 0001-2016.

Documento mediante el cual las partes legalizan la terminación del contrato de trabajo de común acuerdo, procediendo a entregar la liquidación del periodo comprendido septiembre de 2015 a abril de 2017.

Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre las partes del 3 de mayo de 2017 con fecha de terminación el 30 de noviembre de 2017. Liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido 3 de mayo de 2017 al 30 de noviembre de la misma anualidad.

Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre las partes del 2 de diciembre de 2017 al 30 de julio de 2018. Liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido 2 de diciembre de 2017 al 30 de mayo de la misma anualidad.

Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre las partes del 6 de junio de 2018 al 30 de agosto de 2018. Liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido 6 de junio de 2018 al 30 de agosto de la misma anualidad.

Se recibió **interrogatorio de parte** del representante legal de la sociedad demandada, MARCO AURELIO UREÑA PRADA, quien señaló que el demandante fue empleado de la empresa, que prestó servicios en el conjunto residencial avenida décima desde el 13 de septiembre del 2016 hasta que se terminó el contrato por vencimiento del plazo; que no recuerda la fecha de finalización, pero manifiesta que fue el día en que terminó el contrato con el conjunto residencial avenida décima, que el demandante salía regularmente y se liquidaba el contrato y posteriormente regresaba, tenía que concederle vacaciones pero él solicitaba más tiempo porque viajaba fuera de la ciudad solicitaba un mes completo, que el horario era de 6 AM a 6 PM o viceversa, que no recuerda el salario pero ganaba más del mínimo, tenía que recibir auxilio de transporte, se le pagaba sobre el salario mínimo y que siempre se tenía programación de descansos, no recuerda la programación del conjunto

residencial avenida décima, precisó que se trabajaban turnos de 8 por 8 y se descansaba un día a la semana.

Por otro lado, se recibió **interrogatorio de parte** del demandante, EDINSON HERNANDO HERRERA CARPIO, quien manifestó que inició a laborar en Bioseguridad pero esta empresa cambio de razón social y los últimos 2 años laboro con PRAMABELFORSEG LTDA, que su salario era $900.000 y en el año 2018 ganaba $1.100.000, salía cada año de vacaciones, cuando le dijeron suscribir el contrato con la demandada, lo hicieron ir a la empresa, pero siguió trabajando de manera continua, estuvo 18 meses sin salir, cuando salió le consignaron $1.700.000 y le consignaron $219.000 de cesantías por los últimos 18 meses, que no le pagaron vacaciones, dominicales, recargos nocturnos, subsidio de transporte, caja de compensación, qué salarios sí estaban al día, que no le estaban pagando era pensión; por prima le cancelaron $190.000, señaló que la liquidación de prestaciones sociales obrante a folio 25 del expediente la realizó MARCO UREÑA, representante legal de la sociedad demandada, que nunca recibió ese dinero, no sabe bien cuando inició a trabajar en la demandada, que la suma de $1.700.000 de liquidación lo recibió en agosto del 2016 luego continuó con PRAMABELFORSEG y trabajó hasta el 01 de septiembre del 2018 dado que se venció el término del contrato, y respecto del tiempo laborado con la demandada, solamente le realizaron la liquidación final pero que no firmó otra liquidación, aunque reconoce que es su firma la que aparece en los folios 88, 89 del expediente, que solo firmó un contrato con la demandada, que le consignan a su cuenta, no conoce a los demandados CLAUDIA INÉS y JORGE MIGUEL y que nunca firmó contrato con ellos.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de concluirse que efectivamente el señor EDINSON HERRERA CARPIO presentó sus servicios a la demandada desde el 13 de septiembre de 2016 al 30 de agosto de 2018, bajo la suscripción de cuatro contratos de trabajo.

Lo anterior se establece principalmente de los contratos suscritos por las partes, igualmente de las liquidaciones de prestaciones sociales realizadas respecto de cada uno de estos contratos y que cuentan con la firma del demandante, paz y salvos suscritos por el actor a la finalización de cada uno de estos contratos.

Así las cosas, se tiene probado que si bien la empresa demandada suscribió un contrato de prestación de servicios No. 0001-2016 con la Unidad Residencial Avenida Décima, con el fin de prestar el servicio de vigilancia y seguridad privada para la protección preventiva; el cual estuvo vigente desde el 01 de septiembre del 2016 al 30 de agosto del 2018, no puede pretenderse que el demandante laboró de forma continua por el mismo periodo, como quiera que, no existe un

medio de prueba que acredite que el tiempo en que hubo interrupción de los contratos de trabajo, el actor haya prestado sus servicios a favor de la empresa demandada, máxime si se tiene en cuenta que el actor firmó las liquidaciones al finalizar cada uno de los contratos y recibió sin observación alguna paz y salvos sobre los mismos periodos.

Por lo anterior, la Sala le asiste razón al Juzgado de Primera Instancia en declarar que entre las partes existieron cuatro contratos de trabajos conforme se indicó en el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

PAGO DE LA LIQUIDACIÓN:

Por otro lado, presenta recurso de apelación la apoderada del demandante, indicando que, al revisar las liquidaciones que le hicieron al actor si bien recibió una suma de dinero, le hacen unos descuentos, conforme se observa a folio 40 del plenario, a modo de ejemplo señala un descuento por la suma de $538.069. Así mismo, indica que en la segunda liquidación, le hacen un descuento por la suma de $926.023.

Al respecto, se observa a folio 83 del expediente liquidación del contrato de trabajo que estuvo vigente del 13 de septiembre de 2016 al 18 de abril de 2017, en el que se le efectuó una deducción de la suma de $538.069, sin que se indique el concepto por el cual se le efectuó tal descuento, sin embargo, se observa que el mismo demandante firmó dicha liquidación, sin hacer ninguna anotación de inconformidad al respecto, incluso firmó el paz y salvo que le entregaron en la empresa demandada visible a folio 83 vuelto del plenario, aunado al hecho que no se indicó tal situación en los hechos ni en las pretensiones de la demanda.

Lo mimos sucede con la liquidación efectuada del contrato de trabajo vigente del 3 de mayo de 2017 al 30 de noviembre de 2017 visto a folio 88 del expediente, en el que se descuenta el valor de $926.023, en el que tampoco se indica el concepto por el cual se realiza dicho descuento, sin embargo, nuevamente el demandante suscribe el paz y salvo por todo concepto de salarios y prestaciones sociales, visible a folio 88 vuelto, sin que tal situación se haya mencionado en los hechos ni en las pretensiones de la demanda.

Conforme lo anterior, se despacha desfavorablemente ésta suplica incoada por la parte demandante.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990:

Finalmente, señala la apoderada del demandante que no se acreditó por parte de la demandada que se haya consignado el auxilio de cesantías en un fondo, como era su obligación; demostrando las malas prácticas que tiene la sociedad demandada, solicitando el pago de la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

Así las cosas, reposa a folio 19 comprobante de pago realizado al demandante por parte del fondo de cesantías protección por la suma de $1.281.236, realizado el pago el 14 de febrero de 2017.

Así mismo, en interrogatorio de parte, el demandante afirmó que le consignaron la suma de $219.000 de cesantías por los últimos 18 meses.

En ese orden de ideas, se tiene que del primer contrato de trabajo vigente entre el 13 de septiembre del 2016 18 de abril de 2017, le fueron consignadas las cesantías el 14 de febrero de 2017, conforme se indicó anteriormente, de la certificación visible a folio 19 del plenario.

Respecto del segundo contrato de trabajo por obra o labor estuvo vigente entre el 3 de mayo del 2017 al 30 de noviembre del 2017, conforme la liquidación visible a folio 88 se canceló al demandante la suma de $474.273 por concepto de cesantías.

Así mismo, respecto del tercero contrato de trabajo por obra o labor estuvo vigente entre el 2 de diciembre del 2017 al 30 de mayo del 2018, conforme la liquidación visible a folio 91 se canceló al demandante la suma de $432.311 por concepto de cesantías.

Finalmente, respecto del cuarto por obra o labor vigente entre el 6 de junio del 2018 al 30 de agosto del 2018, conforme la liquidación visible a folio 94 se canceló al demandante la suma de $266.383 por concepto de cesantías.

Conforme lo anterior, se observa que no se le adeuda al demandante concepto alguno por auxilio de cesantías, pues como quedó visto, fue consignado en su oportunidad respecto del primer contrato de trabajo y en relación a los 3 últimos, fueron cancelados a la finalización de cada vínculo laboral.

Bastan las anteriores consideración para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de diciembre de 2021, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÀN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: 23-2019-00033-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2019-00592-02

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GEOVANNY HOYOS SALAZAR**
DEMANDADO: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP**
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 29 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **GEOVANNY HOYOS SALAZAR**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP** con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1) Se declare que entre GEOVANNY HOYOS SALAZAR y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 1993 y el 25 de junio de 2018.

2) Se declare que la empresa demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa.

3) Se declare la nulidad de la terminación del contrato de trabajo efectuado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP por incumplimiento del requisito establecido por la Corte Constitucional en sentencia T – 764 de 2005.

4) Se declare que el despido del cual fue objeto por parte de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP es ineficaz u no produjo ningún efecto, por no haberse dado cumplimiento al procedimiento establecido en la sentencia T 764 de 2005 previo al despido unilateral e injusto.

5) Condenar a la demandada al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de igual o superior categoría, declarando para ello que no existió solución de continuidad en la relación laboral.

6) Condenar a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a efectuar el reconocimiento y pago a favor del demandante de los salarios dejados de percibir como consecuencia del despido injusto del que fuera objeto, con los incrementos legales y/o convencionales correspondientes.

7) Condenar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a efectuar el reconocimiento y pago a favor del demandante de las prestaciones sociales de orden legal y extralegal dejados de percibir como consecuencia del despido injusto del que fuera objeto.

8) Condenar a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a efectuar el reconocimiento y pago a favor del demandante de las cotizaciones al sistema integral de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos profesionales.

9) Condenar a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a efectuar el reconocimiento y pago a favor de la demandante las costas procesales y agencias en derecho que se causen en juicio.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1) Se declare que entre el demandante y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 1993 y el 25 de junio de 2018.

2) Se declare que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP dio por terminado el contrato de trabajo del demandante en forma unilateral y sin justa causa.

3) Se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a reconocer y pagar a favor del demandante la indemnización por PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES ocasionados por la terminación legal e injusta del contrato de trabajo, indemnización adicional establecida en la CCT.

4) Se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a reconocer y pagar a favor del actor la indexación de las sumas que resulten reconocidas judiciales por condena.

5) Se condene a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP a reconocer y pagar a favor del demandante las costas y agencias en derecho que se causen en juicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP contestó la demanda de acuerdo al auto del 14 de agosto de 2020, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia 06 de octubre de 2021. DECLARÓ PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

ABSOLVIÓ a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA SA ESP de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor GEOVANNY HOYOS SALAZAR.

COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) SMLMV,

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia, con el fin de que sea revocada la decisión y se accedan a las pretensiones de la demanda:

1. **REINTEGRO**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se acceda al reintegro solicitado en la demanda, teniendo en cuenta que, el Juzgador de primera instancia desestimó en su totalidad las pruebas recaudadas, no solo el interrogatorio de parte rendido por el actor, sino el testimonio de Presidente de la Organización Sindical SINTRATELEFONOS, con lo que se acreditó que el demandante tuvo un rol de activista dentro de la Organización Sindical.
   Por otro lado, señala que no se valoró el dicho del demandante, en relación con las actividades por éste desempeñadas en defensa de los demás trabajadores; no se valoró su participación en las diferentes actividades que fueron relatadas, tampoco el tiempo que estuvo como afiliado a la Organización Sindical.
   Indica además que no se tuvo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional, esto es, que previo a la terminación de un contrato de trabajo de un trabajador sindicalizado, lo cual resultó probado en el proceso, y que efectivamente, la prevención da cuenta de no haberse hecho relación a la información que debía brindarse a la Organización Sindical, previo a la terminación de la relación laboral de los trabajadores sindicalizados, con lo que se acredita que hubo un escenario de terminación de trabajadores sindicalizados, en la lucha sindical para evitar la privatización de la ETB.
   Considera que, el despido de los trabajadores sindicalizados, se produjo precisamente por una retaliación, cancelando una indemnización, causando un daño, no solo al ente colectivo, por la disminución a la cual el testigo hizo referencia, sino al demandante por darle por finalizada su relación laboral.

2. **PRACTICA DE PRUEBA**: Señala que el Juez se negó a practicar una prueba legamente solicitada y decretada, para que se concluya que con las pruebas recaudadas no se acreditó, precisando que no se practicaron en su totalidad las pruebas decretadas, razón por la cual de conformidad con el CPT y SS, se deberán practicar la totalidad de las pruebas, que incluso fueron debidamente decretadas.

3. **PERJUICIOS:** Por otro lado, el Juez indica que no se acreditaron lo perjuicios, sin embargo, no puede imputársele a la parte demandante no acreditar supuestos de hecho, cuando ni siquiera se permitió el recaudo total probatorio, como se indicó anteriormente.

Señala que, en todo caso, no se hizo ninguna valoración respecto del estado de salud del cual fue desvinculado el demandante, así como tampoco de las historias clínicas que dieron cuenta de las restricciones que tenía el demandante para trabajar, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgador de primer grado le negó el dictamen pericial solicitado.

Señala que hubo una lesión en el trámite del proceso, afectando los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa del demandante, en tanto que hubo restricción en la práctica de pruebas, lo que imposibilita proferir una sentencia, hasta tanto no se encuentre recaudada la totalidad de la prueba que dé cuenta que se tienen los elementos probatorios para emitir sentencia.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1)** Sí el demandante fue despedido sin justa causa, **2)** En el evento en que el punto anterior sea afirmativo, si es procedente el reintegro del demandante. **3)** Perjuicios.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Dentro del proceso, no está en discusión, y así quedó probado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 21 de octubre de 1993 al 25 de junio de 2018. Así como tampoco su calidad de beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo, tal y como se observa de la certificación visible a folio 258 del expediente.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda

ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Solicita el apelante, se declare que el contrato de trabajo se dio por terminado sin justa causa, y como consecuencia de ello, se declare el reintegro el mismo cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía.

Ahora bien, se observa a folio 39 del plenario, carta de terminación del contrato de trabajo sin justa, con fecha del 25 de junio de 2018, en la que se le indicó al demandante lo siguiente:

> *"Me permito comunicarle que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP ETB,* ***ha decidido dar por terminado unilateralmente sin justa causa su contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo****, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, y el literal C) cláusula 4 de la Convención Colectiva del Trabajo 1990 – 1991 (Cláusula 19ª literal c) de la recopilación Convención Colectiva 1994), suscrita con la organización sindical Sintrateléfonos, a partir de la fecha de recibido de la presente comunicación."*

Así mismo, a folio 40 reposa liquidación definitiva, en la que se le cancela al actor, entre otras cosas, reconociéndole la suma de $82.230.455 por concepto de indemnización.

Ahora, se recibió el interrogatorio de parte del señor GEOVANNY HOYOS SALAZAR quien indicó que participó y ejerció su derecho a ser elegido en algunos procesos democráticos entre 2011 a 2015 del cual, no salió victorioso, manifestó qué nunca fue directivo sindical, no tuvo ese liderazgo para ostentar un cargo de Junta directiva, señaló no haber sido nunca integrante de comisión estatutaria de reclamos, indicó que como miembro del sindicato y a pesar de que señalaba que era líder sindical, nunca era convocado en 25 años a apoyar procesos disciplinarios de compañeros sindicalizados, nunca fue partícipe y nunca integró el comité de convivencia laboral porque precisamente esas posiciones que como representantes de trabajadores tienen algunos representantes de los empleados efectivamente son los encargados de analizar los casos de presunto acoso laboral y eso puede generar, animadversión por parte de las directivas de las empresas. Dijo que era activista y que recogía las inquietudes de los trabajadores.

Nótese que el demandante nunca manifestó que, en su caso particular, le hubiesen ofrecido mutuo acuerdo de una terminación, acompañado o presionado por funcionarios de la ETB, tampoco manifestó que la declaración del señor Gustavo Penagos Ortiz hubiese sido relevante para el presente asunto, como lo pretende

la apoderada del demandante, máxime si se tiene en cuenta que, dicha situación ya fue resuelta en la actuación 01 del presente asunto.

Se recibió el testimonio del señor LEONARDO ARGUELLO SAN JUAN, quien realtó las luchas sindicales de las cuales participó, reafirmó lo que dijo el propio demandante, al haber participado en unos ejercicios democráticos de la cual no salió victorioso.

Al advertirse entonces en este caso particular que si bien el apelante señala que no se tuvieron en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas, tal como es el caso del Presidente de la Organización Sindical SINTRATELEFONOS, con lo que se acreditó que el demandante tuvo un rol de activista dentro de la Organización Sindical, esto es, las actividades por el demandante desempeñadas en defensa de los demás trabajadores; no se valoró su participación en las diferentes actividades que fueron relatadas, tampoco el tiempo que estuvo como afiliado a la Organización Sindical; lo cierto es que no existió el aparente y supuesto liderazgo que GEOVANNY HOYOS SALAZAR, no era de ninguna manera una figura ni líder sindical reconocido, ni que entorpeciera a las directivas de la ETB, no se puede establecer un nexo causal y no se puede concluir razonablemente que, la decisión de la entidad hubiese tenido que ver con la labor sindical del señor Geovanny, pues debe concluirse que éste era simplemente un afiliado del sindicato de base.

Ahora, en relación con el argumento que no se tuvo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional, esto es, que previo a la terminación de un contrato de trabajo de un trabajador sindicalizado, lo cual resultó probado en el proceso, y que efectivamente, la prevención da cuenta de no haberse hecho relación a la información que debía brindarse a la Organización Sindical, previo a la terminación de la relación laboral de los trabajadores sindicalizados, con lo que se acredita que hubo un escenario de terminación de trabajadores sindicalizados, en la lucha sindical para evitar la privatización de la ETB fue una retaliación, cancelando una indemnización, causando un daño, no solo al ente colectivo, por la disminución a la cual el testigo hizo referencia, sino al demandante por darle por finalizada su relación laboral.

Ene se orden de ideas, la Sentencia de tutela T-764 de 2005 que trae a colación la parte demandante en su demanda, hace relación a casos de hace mas de 13 años, esto es, con mucha anterioridad al despido del demandante, por lo que no pude darse una conexidad o nexo causal entre la situación del aquí demandante, con las situaciones que se plantearon en la sentencia mencionada, máxime si se tiene en cuenta, y se reitera que, no se acreditó un nexo causal entre la actividad

sindical que ejerció el actor y el despido, sin que se acredite la vulneración del derecho fundamental de asociación sindical.

Téngase en cuenta que, no puede entenderse que la empresa demandada desatendió la orden dada en la sentencia de tutela de 2005, sino que, por el contrario, en uso de sus facultades, dio por terminado el contrato de trabajo, cancelando la indemnización que correspondía, puesto que, de ningún modo, puede llegarser a la conclusión equivocada, tendiente a pensar que al no informar a la Organización Sindical sobre el despido del demandante, habrá que declararse la nulidad de su despido y ordenar el reintegro como se pretende.

PERJUICIOS:

Finalmente, solicita el demandante la condena por concepto de perjuicios, como quiera que no se hizo ninguna valoración respecto del estado de salud del cual fue desvinculado el demandante, así como tampoco de las historias clínicas que dieron cuenta de las restricciones que tenía el demandante para trabajar, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgador de primer grado le negó el dictamen pericial solicitado. Señala que hubo una lesión en el trámite del proceso, afectando los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa del demandante, en tanto que hubo restricción en la práctica de pruebas, lo que imposibilita proferir una sentencia, hasta tanto no se encuentre recaudada la totalidad de la prueba que dé cuenta que se tienen los elementos probatorios para emitir sentencia.

Atendiendo al objeto del litigio, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, deberá pagar a éste una indemnización, estableciendo unos parámetros de tasación que dependen del tipo de contrato suscrito, la remuneración recibida y el tiempo de servicio.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en sentencia C – 1507 del 8 de noviembre de 2000, al analizar la Constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 50 de 1990, que modificó los artículos 61 y 64 del CST, reiteró que el contrato que se celebraba con el fin de establecer una relación laboral, nacía a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades entre las partes, y que nada se oponía a que respecto de dicho convenio operara la condición resolutoria, pues resultaba contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que las partes quedaran atadas a perpetuidad por ese vínculo, por tanto se contaba con

plena autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin perjuicio de asunción de las responsabilidades patrimoniales que por dicho evento pudieran generarse respecto a esa conducta, y limitada por los principios y preceptos constitucionales y legales que amparaban especialmente al trabajador. Razón por la cual la ley previó la indemnización por perjuicios cuando se daba por terminado el contrato sin justa causa, el cual comprende el daño emergente y lucro cesante, y para las que se establecían unas reglas de acuerdo con las clases de contrato y años de servicio. De igual manera, que los factores de medición y señalamiento del daño resultaban razonables vistos dentro del ámbito de libertad que gozaba el legislador para regular la materia.

Así mismo, indicaba que con las cuantías allí previstas se alcanzaba la reparación del daño sufrido por el trabajador por causa del despido, consagrando así la norma una fórmula de protección al empleado, a menos de que éste hubiera probado o pudiera probar un perjuicio más grave al tasado anticipadamente por el legislador, evento en el cual, el patrono estaba obligado a indemnizar plenamente al trabajador en la medida de lo judicialmente demostrado[1].

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1769-2015, radicación 45710 del 24 de mayo de 2015, al abordar el tema aquí planeado, recordó que el Código sustantivo del trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, que comprende únicamente el lucro cesante y el daño emergente, lo que hace viable en principio el resarcimiento de un daño moral, cuando quiera que lograba probarse que éste se configuró con ocasión a una actuación censurable del empleador, que tenía por objeto lesionarle o causarle un detrimento no patrimonial al trabajador, esto es, un daño moral que debía ser resarcido, siempre que se encuentre debidamente acreditado que el despido injusto **trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social. Providencia en la que además se indicó:**

> *«Dicha postura ha sido aceptada por esta Sala, de ahí que en la sentencia CSJ SL1715/2014, consideró:*
>
> > *En el plano jurídico, esta Sala es del criterio de que el daño moral siempre debe ser resarcido; por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 12 de Mar 2010, Rad. 35795 se discurrió:*
> >
> > ***Pese a que encontró que la jurisprudencia civil ha reconocido la posibilidad de que se causen perjuicios morales por el incumplimiento de un contrato,***

[1] Sentencia C – 1507 del 8 de noviembre de 2000:
«Ha de advertirse, sin embargo, que la constitucionalidad de los numerales 2, 3 y 4, en estudio, supone que con las cuantías allí previstas se alcanza la reparación del daño sufrido por el trabajador a causa del despido, y en consecuencia la norma consagra en realidad una fórmula de protección al empleado, a menos que él haya probado o pueda probar un perjuicio más grave del tasado anticipadamente por el legislador, hipótesis en la cual la disposición es exequible solamente si se entiende que en ese evento el patrono está obligado a indemnizar plenamente al trabajador en la medida de lo judicialmente probado; ello resulta evidente a la luz de los artículos 25 y 53 de la Constitución.»

> ***seguidamente el Tribunal aseveró que en materia laboral la única indemnización reconocida es la que surge de la terminación del contrato de trabajo y que la acción pertinente, en este caso, no pertenecía al derecho laboral, dado que los perjuicios invocados no provienen directa ni indirectamente de un contrato de trabajo.***
>
> *Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *Así pues, se tiene que en excepcionales eventos, el trabajador pueda reclamar la indemnización de perjuicios inmateriales que se le causen, a condición de que se encuentre debidamente acreditado que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.»*

Igualmente, en sentencia **SL14618-2014**, radicación 39642 del 22 de octubre de 2014, el máximo órgano de cierre indicó, que si bien la indemnización tarifada ante la terminación sin justa causa del contrato, cubría únicamente el daño patrimonial, era posible resarcir el daño moral, en aquellos eventos excepcionales en que el trabajador podía demostrar que éste se configuraba con ocasión a que el despido buscaba lesionarlo injustificadamente, cuya tasación estaba sujeta al arbitrio judicial. Debiéndose tener en cuenta para su imposición, no sólo la frustración, tristeza o sentimiento negativos generados por el despido, sino que requería además ponderar la afectación que la pérdida del empleo generaba en el fuero interno del trabajador y como la actividad de la empresa lo había lesionado injustificadamente. En tal sentido, la providencia expresamente indicó:

> *«Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente.*
>
> *Lo anterior está estrechamente ligado con el concepto de la actividad como tal, pues el individuo en sus espacios laborales no solo cumple una función determinada por la que percibe un salario, sino que en ellos desarrolla toda una serie de relaciones sociales a través de las cuales deriva una imagen propia que es la que proyecta tanto a su familia como a sus amigos. Además de ello, la actividad productiva remunerada le permite plantearse una vida a corto, mediano o largo plazo y eso, sin duda le da cierta estabilidad emocional.»*

Planteado lo anterior y los argumentos del recurso de apelación, encuentra la Sala que solo procederán los perjuicios morales cuando se logre demostrar que se habían generado con una actuación censurable del empleador, que buscaba

lesionarle o causarle un detrimento no patrimonial, y había menoscabado aspectos de su vida familiar y social.

Así pues, la indemnización por despido sin justa causa prevista en Código Sustantivo del Trabajo, contempla el lucro cesante y el daño emergente que pueda sufrir el trabajador con ocasión a la terminación unilateral del vínculo, y que el legislador dadas sus facultades libertad de configuración legislativa, estimó anticipadamente dichos perjuicios, estableciendo la manera y forma de liquidación de los mismos, los que para el caso particular al haberse aceptado que la terminación del vínculo se dio sin justa causa, le fueron cancelados al actor con su liquidación final de prestaciones, sin que se acredite que hubiesen sido superiores a los allí pagados, ni mucho menos que deban estimarse en los términos y con los fundamentos solicitados en la demanda.

Como prueba para acreditar el daño moral, se aportó la historia clínica del demandante, así como la prueba testimonial practicada dentro del plenario.

Analizado lo expuesto, considera la Sala que con el material probatorio recaudado no se logra acreditar el daño moral alegado por el demandante con ocasión al despido, pues si bien las documentales y las declaraciones rendidas daban cuenta de las obligaciones que tenía el actor para la época de la terminación del vínculo adquiridas dentro de la libertad y autonomía del trabajador, de estas no se desprende el nexo causal entre el despido y el incumplimiento de las mismas o la disminución se su patrimonio, ni menos en la magnitud descrita en la demanda, ni que la terminación unilateral de su contrato buscara lesionarlo injustificadamente.

En tal sentido, la prueba arrimada al proceso no logra probar que hubiese afectado con tal magnitud su fuero interno personal, social y familiar, que le impidieran un desarrollo normal de su proyecto de vida o la consecución de un empleo, ni que tales perturbaciones hubiesen generado un menoscabo en su salud física y mental, que generara un daño no patrimonial imputable al empleador por la terminación unilateral del contrato.

En consecuencia al no lograrse acreditar la ocurrencia de los perjuicios reclamados por el trabajador, que diera lugar al pago de la indemnización reclamada, se impone **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS:

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

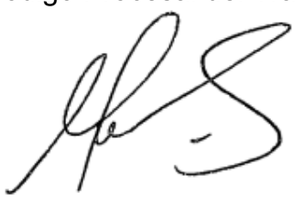
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021, por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: 05-2019-0592-01 y 02

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 009-2020-00339-01

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **SIERVO DE JESÚS SOLANO TORRES**
DEMANDADOS: **UGPP**
ASUNTO: **RECURSO APELACION (Demandada) / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandada UGPP presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **SIERVO DE JESÚS SOLANO TORRES** instauró demanda ordinaria laboral contra de la UGPP, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (Folios 96 a 105 – Documento 01):

DECLARACIONES:

1. Que el DEMANDANTE, fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el 27 de junio de 1.999, por liquidación de la Entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años, y con 20 años de servicio a la Caja.

2. Que el derecho pensional convencional del DEMANDANTE se causó el 27 de junio de 1.999, con el retiro del trabajador por decisión de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de dar por terminado el contrato de trabajo por liquidación de la misma, y haber laborado 20 años a dicha Entidad, tal como lo establece el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1.998 – 1.999.
3. Que el DEMANDANTE adquirió el derecho pensional convencional, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, puesto que la convención Colectiva de Trabajo 1.998 – 1.999 que lo cobija fue suscrita el 15 de abril de 1998 entre la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria "SINTRACREDITARIO".
4. Que el DEMANDANTE, tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce, desde la fecha que cumplió la edad de 55 años para entrar a disfrutar del derecho pensional convencional, esto es, desde el 07 ABRIL 2008.

CONDENATORIAS:

1. A reconocer, liquidar y ordenar el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio, causadas desde el 07 ABR 2008 a futuro.
2. A reconocer debidamente indexadas las mesadas adicionales de junio causadas desde 07 ABR 2008 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago.
3. Costas del proceso y las agencias en derecho.

La **UGPP** contestó la demanda (Documento 03), de acuerdo con auto de data 23 de mayo de 2022, visible en Documento 06. Se opone a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** profirió sentencia el 21 de octubre de 2022 (Documento 16 a 17), en el siguiente sentido:

> "**PRIMERO. CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. a reconocer y pagar a Siervo de Jesús Solano Torres las mesadas adicionales causadas a partir del 20 de noviembre de 2016, así:
>
> 1. $2.267.311,37 por concepto de la mesada adicional de junio de 2017.
> 2. $2.360.044,41 por concepto de la mesada adicional de junio de 2018.
> 3. $2.435.093,82 por concepto de la mesada adicional de junio de 2019.

Asimismo, se condenará al pago de las mesadas adicionales que se causen en lo sucesivo, advirtiendo que las condenas impuestas deberán ser indexadas desde el momento de su causación hasta el momento de su pago efectivo, de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

SEGUNDO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada, acorde con lo expuesto en la motiva de esta sentencia.

TERCERO. COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a $1.500.000, de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P., de conformidad con el artículo 69 CPTSS."

RECURSO DE APELACION

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **MESADA 14:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a la demandada, teniendo en cuenta la indebida interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en la cual se estableció expresamente, que quienes hayan adquirido el derecho a la pensión con posterioridad a la vigencia de éste aludido acto legislativo, es decir, quienes hayan cumplido con los requisitos para acceder a la prestación antes del 25 de julio de 2005, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, con las excepciones señalas en el parágrafo transitorio del numeral sexto, es decir, que las personas que causen su derecho pensional antes del 31 de julio de 2011, y cuya mesada sea igual o inferior a 3 SMLMV, podrán seguir disfrutando de la mesada 14 pensional. Así las cosas, al habérsele reconocido a la demandante una mesada de $1.578.350 para el año 2008, la misma excede los 3 SMLMV, por lo que no es pertinente que se le reconozca la mesada 14, como lo indicó la Juez de instancia.

No obstante, la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de*

Consulta dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si el señor **SIERVO DE JESÚS SOLANO TORRES**, como beneficiario de la pensión de jubilación convencional desde el 7 de abril de 2008, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (hoy UGPP) le reconoció pensión de jubilación convencional a favor del señor SIERVO DE JESÚS SOLANO TORRES mediante Resolución No. DP 06200 del 6 de junio de 2008, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, en cuantía inicial de $1.578.350 a partir del 7 de abril de 2008 (folios 6 a 9 – Documento 01).

DE LA MESADA CATORCE:

En ese orden de ideas, el señor **SIERVO DE JESÚS SOLANO TORRES** es beneficiario de la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del **7 de abril de 2008** fecha en la cual cumplió 55 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

En lo que atañe a la mesada adicional de junio, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dispone que los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece:

> ***"PARÁGRAFO TRANSITORIO 6º****. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

En el *sublite*, el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo establece:

> "*El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión* ***al llegar a dicha edad****, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución (…)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro de la lectura del parágrafo primero el artículo 41 convencional que la pensión de jubilación se causa en el momento en que se cumplen los dos requisitos: tiempo de servicio y retiró del servicio, siendo que la edad es un presupuesto para el mero disfrute convencional, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 55 años, es posible darle el mismo tratamiento, por lo que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro sin haber cumplido 55 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013 y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016[1]).

---

[1] "La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurran los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.
En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad, pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»
De esta disposición convencional, contrario a lo discurrido por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.
(…)
En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad"

En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación el pronunciamiento de nuestro órgano de cierre SL3554 con radicado No. 74344 del 21 de agosto de 2019 en la que adoctrinó:

> *De lo antes expuesto, se infiere que en virtud de la sentencia CC C-409 de 1994, la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; que a partir de la vigencia del Acto legislativo n.° 01 de 2005, tal prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y, que su extinción definitiva es a partir del 31 de julio de 2011, por disposición expresa de la reforma constitucional mencionada, ya que las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia,* ***no pueden ser reconocidas en 14 mesadas anuales.***
>
> *Ahora, en cuanto a la prestación de jubilación de la demandante y la mesada adicional de junio, se memora que* ***la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se adquiere con el retiro voluntario del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, mientras que la edad mínima es un requisito para su exigibilidad; y tal como lo concluyó el colegiado, la actora consolidó la pensión el 13 de noviembre de 1991 cuando se retiró después de más de 18 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por lo que indudablemente le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, en virtud de lo señalado en la sentencia CC C-409-1994, en tanto su pensión se causó en noviembre de 1991****, por cuya razón, fue cobijada por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiere afectado por la expedición del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, pues su prestación se consolidó antes de su entrada en vigencia.*

Así las cosas, tal y como se consigna en la Resolución No. DP 06200 del 6 de junio de 2008, así como en la tarjeta de la liquidación de prestaciones sociales, el demandante prestó sus servicios desde el 12 de junio de 1974 y se retiró del servicio el 27 de junio de 1999, laborando un total de 25 años y 16 días para la Caja Agraria, por lo que debe concluirse que el 27 de junio de 1999 causó su derecho pensional, sin que sea procedente aplicar el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que fue expedida con posterioridad a la causación del derecho del actor, pues se reitera que la pensión no se causó en vigencia del Acto Legislativo en

mención, para su aplicación en el presente asunto, sino que por el contrario, según la norma convencional, la prestación se causó con el retiro del servicio, esto es, el 27 de junio de 1999, sin que el demandante se encuentre dentro de la limitación establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 (Sentencia SL5030 Rad. 63427 del 9 de octubre de 2019).

Sirven las anteriores consideraciones para concluir que la demandante *tendrá* derecho al pago de 14 mesadas al año, conforme lo solicita la apoderada de la parte actora, pues la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, despachando desfavorablemente las súplicas incoadas por el apoderado de la demandada, **CONFIRMANDO** la sentencia proferida en primera instancia en tal sentido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Así pues, previo a resolver lo referente al *retroactivo* de las mesadas adeudadas, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **16 de junio de 2008**, fecha de notificación de la resolución reconocedora de la prestación (C01 – 03.1AntecedentesAdministrativos – Documento 16), o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de dicha prestación, término que en todo caso dejó pasar la parte actora, como quiera que solicitó por primera vez el reconocimiento de la mesada 14 el día **20 de noviembre de 2019** (folios 10 a 14 – Documento 01), en tanto que la presente demanda fue sometida a reparto el **23 de septiembre de 2020** (folio 106 – Documento 01), lo que significa que el demandante dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **20 de noviembre de 2016**, esto es, 3 años antes de la reclamación administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentran prescritas las mesadas 14 causadas con anterioridad al **20 de noviembre de 2016.**

RETROACTIVO PENSIONAL:

Aclarado lo anterior, se ordenará **CONDENAR** a la UGPP a pagar las mesadas 14 de los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022 sin perjuicio de las que a futuro se causen, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

En ese orden de ideas, con apoyo del liquidador adscrito a la Sala, se calculó un retroactivo pensional de las mesadas 14 de los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022 en la suma de **$14.871.059**, no obstante, como quiera que la Juez de origen cálculo las mismas para los años 2017 a 2019, en debida forma, se procederá a adicionar el numeral PRIMERO en sus sub numerales 4, 5 y 6 para señalar los valores correspondientes a los años 2020 a 2022. Destacandose, que corresponden a los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/08	*31/12/08*	*5,69%*	*$ 1.578.350,50*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/09	*31/12/09*	*7,67%*	*$ 1.699.410,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/10	*31/12/10*	*2,00%*	*$ 1.733.398,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/11	*31/12/11*	*3,17%*	*$ 1.788.347,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 1.855.052,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 1.900.315,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 1.937.181,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 2.008.082,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 2.144.029,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 2.267.311,00*	*1,00*	*$ 2.267.311,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 2.360.044,00*	*1,00*	*$ 2.360.044,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 2.435.093,00*	*1,00*	*$ 2.435.093,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 2.527.627,00*	*1,00*	*$ 2.527.627,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 2.568.322,00*	*1,00*	*$ 2.568.322,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 2.712.662,00*	*1,00*	*$ 2.712.662,0*
Total retroactivo				***$ 14.871.059,00***	

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la

liquidación de costas que efectúe la *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2022, en sus sub numerales 4, 5 y 6, así:

4. $2.527.627 por concepto de la mesada adicional de junio de 2020.
5. $2.568.322 por concepto de la mesada adicional de junio de 2021.
6. $2.712.662 por concepto de la mesada adicional de junio de 2022.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 21 de octubre de 2022 por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: 11001310500920200033901

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2018-00742-01

Bogotá D.C.; mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA**
DEMANDADOS: **VICTOR JAVIER MENDEZ HUERFANO**
ASUNTO : **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA instauró demanda ordinaria laboral contra de VICTOR JAVIER MENDEZ HUERFANO, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que entre el demandado y la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA existió un contrato individual de trabajo a término indefinido.
2. Que como extremos temporales de la relación de trabajo los siguientes:
   - Fecha ingreso 10 de enero de 2017

- Fecha de terminación 30 de septiembre de 2018

3. Que la demandante devengaba para el año2017, un salario mensual de $1.500.000.

CONDENAS:

1. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $1.458.333,33 o cuanto mas se pruebe, correspondiente al AUXILIO DE CESANTÍAS del periodo comprendido entre el 10 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, en la forma que lo señala el artículo 249 y ss. del CST.

2. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA los intereses de cesantías correspondiente al tiempo laborado, es decir, al periodo comprendido entre el 10 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, la suma de $178.138,8 como lo determina la Ley 52 de 1975 artículo 1º y el decreto 116 de 1976.

3. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $1.458.333,33 o cuanto mas se pruebe por concepto de prima de servicios correspondiente al tiempo laborado del 10 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, como lo consagra el artículo 306 del CST.

4. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $729.916,66 o cuanto mas se pruebe por concepto de vacaciones correspondiente al tiempo laborado del 10 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, como lo consagra el artículo 186 del CST.

5. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $969.966,60 o cuanto mas se pruebe por concepto de auxilio de transporte correspondiente al tiempo laborado del 10 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, como lo consagra el artículo 7º de la Ley 1º de 1963.

6. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $1.125.000 o cuanto mas se pruebe, correspondiente al AUXILIO DE CESANTÍAS del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2018, en la forma que lo señala el artículo 249 y ss. del CST.

7. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA los intereses de cesantías correspondiente al tiempo laborado, es decir, al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2018, la suma de $101.250 como lo determina la Ley 52 de 1975 artículo 1º y el decreto 116 de 1976.

8. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $1.125.000 o cuanto mas se pruebe por concepto de prima de

servicios correspondiente al tiempo laborado del 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2018, como lo consagra el artículo 306 del CST.

9. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $562.50066 o cuanto mas se pruebe por concepto de vacaciones correspondiente al tiempo laborado del 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2018, como lo consagra el artículo 186 del CST.

10. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA el valor de $793.899 o cuanto mas se pruebe por concepto de auxilio de transporte correspondiente al tiempo laborado del 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2018, como lo consagra el artículo 7º de la Ley 1º de 1963.

11. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA la suma de $2.306.666,66 o cuanto mas se pruebe a titulo de indemnización por despido unilateral sin justa causa conforme lo consagra el artículo 64 del CST, modificado por la Ley 50 de 1990, Art. 6 Ley 789 de 2002 Art. 28.

12. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA la suma diaria de $50.000 a titulo de indemnización por mora en el pago de las prestaciones debidas, en la forma que lo dispone el artículo 65 del CST.

13. A reconocer y pagar a la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA a los aportes a pensión que no cancelo al sistema pensional durante toda la relación laboral, en la forma que lo dispone la Ley 100 de 1993 y ls jurisprudencia.

14. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

VICTOR JAVIER MENDEZ HUERFANO contestó la demanda a través de Curador Ad Litem, de acuerdo al auto que data del 2 de septiembre de 2021. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** al señor WILSON JAVIER MENDEZ HUERFANO de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA.

Sin condena en COSTAS a la parte demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el ***Grado Jurisdiccional de Consulta*** de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA y el señor VICTOR JAVIER MENDEZ HUERFANO, existió una relación laboral con vigencia desde el 10 de enero de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2018. **2.** En caso afirmativo, sí proceden las condenas peticionadas en el líbelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración ".*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la señora MONICA LILIANA QUINTERO LOMBANA alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde octubre de 10 de enero de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2018, y que al finalizar la relación laboral no le canceló las prestaciones sociales ni vacaciones.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, se observa que la parte demandante no allegó al plenario ninguna prueba que acredite los hechos y pretensiones que invoca en el libelo introductorio.

En ese orden, ante la falta de prueba que acredite siquiera la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la accionada, con el fin de activar la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., la simple enunciación de los hechos no permite dar claridad sobre la existencia de una relación laboral entre las partes.

Sobre esto, el H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL672 de 2023, se refirió:

> *"(…) importa recordar que en temas como el que ahora llama la atención, se ha ilustrado que quien alega su condición de trabajador y acredita la prestación personal del servicio, le asiste una ventaja probatoria consistente en que se presuma la existencia de la relación laboral, correspondiéndole entonces al demandado destruir la presunción de que trata el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, demostrando de que la labor se realizó en forma autónoma, independiente y no subordinada.*
>
> *En ese orden, surge manifiesto que no le asiste razón al demandante cuando pretende derivar de su simple afirmación impositiva de haber laborado al servicio de la accionada, sin que acredite la real y efectiva prestación personal del servicio, el que se imponga la presunción del referida, y por ende, la obligación de desvirtuarla a quien se señala como supuesto empleador."*

Por lo anterior si bien es cierto que demostrada la prestación de servicio por parte de quien demanda, bajo la presunción del artículo 24 del CST, el elemento de subordinación y la remuneración por la prestación personal de servicios, se configurarían los tres elementos para la declaratoria de un contrato de trabajo, lo cierto es que en el caso en concreto, no existen pruebas documentales ni testimoniales que acrediten la prestación personal del servicio, siendo este un elemento fundamental para lo pretendido por la demandante, por lo que no sería posible declararlo en esta instancia, aunado a los argumentos esbozados con antelación.

Igual suerte corre lo relacionado con las labores desempeñadas por la demandante, y la eventual subordinación que ejercía el demandado frente a la actividad desarrollada, verificando entonces que el dicho de la demandante no cuenta con sustento probatorio al respecto y al no existir la certeza de los elementos estructurales del contrato de trabajo y de los supuestos incumplimientos por parte del demandado, habrá de despacharse desfavorablemente las suplicas impetradas en la demanda.

Razón por la cual, ante la orfandad probatoria para acreditar los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS y en correspondencia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la carga de una decisión absolutoria, como la que impartió el *A quo*, pues no se allanó a la carga de probar sus afirmaciones.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** la decisión absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Enlace expediente digital: 23-2018-00742-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2020-00222-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO**

DEMANDADO: **AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEBA TIBABUYES SECTOR A P.H.**

ASUNTO : **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 de junio 13 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEBA TIBABUYES SECTOR A P.H.** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1) Que se declare el incumplimiento del contrato de prestación de servicios suscrito el día 4 de abril de 2016, por parte de la contratante AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA

U HORIZONTAL – P.H., por haber terminado el contrato sin justa causa objetiva, de manera unilateral e intempestiva.

2) Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la persona jurídica AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL – P.H. a cancelar la suma de $30.000.000, como contraprestación de servicios, para el término consagrado entre el día 4 de abril de 2017 al 3 de abril de 2018.

3) Que se condene a AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL – P.H. a cancelar la suma de $30.000.000, como contraprestación faltante para que la demandante lograra cumplir con la ejecución del contrato de prestación de servicios, para el término consagrado entre el 4 de abril de 2018 al 3 de abril de 2019.

4) Que se condene a AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL – P.H. a cancelar la suma de $30.000.000 como contraprestación faltante para que la demandante lograra cumplir con la ejecución del contrato de prestación de servicios, para el término consagrado entre el 4 de abril de 2018 al 3 de abril de 2019.

5) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL – P.H. contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 2 de septiembre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de noviembre de 2021. **ABSOLVIÓ** a la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL P.H., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO.

CONDENÓ en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el fin de que sea revocada y se accedan a las pretensiones de la demanda:

1. **HONORARIOS**: Señala que el contrato es un acuerdo de voluntades, donde se fijan unas cláusulas, las cuales deben ser cumplidas, pues las partes acuerdan de cómo van a trabajar, aunado al hecho que el señor miembro del Consejo de Administración estaba en pleno derecho para suscribir el contrato, lo que quiere decir que el contrato gozaba de plena validez.

   De acuerdo con la cláusula de terminación del contrato de trabajo, se establece que la finalización del mismo debe hacerse con un previo aviso de 30 días, *so pena* de entenderse renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, regla que no se tuvo en cuenta entre las partes, y en ese sentido, a su consideración, el contrato de prestación de servicios se encuentra renovado, por lo que acabar con el contrato de manera unilateral es generar inseguridad jurídica, porque anularía toda clausula que dispone un contrato.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** La existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre la señora FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO y la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR “A” PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL P.H., **2.** En caso afirmativo, si la demandante tiene derecho o no, a que la demandada le cancela la suma de $30.000.000 por concepto de honorarios profesionales.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORÍA Y/O CONSULTORÍA

El contrato de mandato, por disposición del artículo 2142 del CC, se define como aquel en que una persona confía en otra la gestión de uno o más negocios de ella quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Se caracteriza además, por ser un contrato bilateral, que comporta obligaciones tanto en cabeza del mandante como del mandatario, pues el remunerado, conlleva la exigencia de pagar la prestación pactada por parte del mandante, que puede estipularse por un valor determinado conocido desde el principio o aleatorio, como cuando se pactan a cuota Litis, esto es, por una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte

a favor del mandante. (SL4148-2018, Radicación n.° 60379 del 25 de septiembre de 2018)

En los términos atrás expuestos, es pertinente señalar, que el régimen legal que regula la prestación profesional de los servicios de los abogados es el previsto para el contrato de mandato en el libro IV, título 28 del Código Civil, no solo por la naturaleza misma de la actividad que cumplen dichos profesionales sino en virtud de lo definido en el artículo 2144 de dicho estatuto, en tanto prevé que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o que implican la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

En lo atinente a la retribución de tales contratos, el artículo 2143 del Código Civil dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la retribución es determinada por las partes, por la ley o por el juez. De otro lado, el artículo 2184 ordinal 3°, del mismo código consagra la obligación para el mandante de cancelar la remuneración estipulada o la usual a su mandatario.

En punto a la tasación de los honorarios del mandato a falta de estipulación entre las partes, la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación 36606 del 22 de enero de 2013, reiteró: que el juez puede suplir la voluntad de las partes, determinando conforme el grado de complejidad del proceso, la calidad y cantidad de la actuación del profesional y la duración del trámite, el monto de los honorarios a que se hizo acreedor.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala la parte actora que el día 8 de abril de 2016 mediante acta del número 74 del 2016 se reunió de forma ordinaria el Consejo de administración en su numeral 7 y de conformidad con lo determinado por dicha Asamblea General de copropietarios se decidió ratificar el nombramiento como administradora a la demandante de la agrupación residencial nueva Tibabuyes, en conformidad a ello se suscribió el 4 de abril de 2016 en contrato de prestación de servicios número 17-2016 con el fin de prestar los servicios profesionales para el cargo de administrador o representante legal mencionada la copropiedad, dicho contrato se suscribió por el término de 1 año contado a partir del 4 de abril de 2016 al 3 de abril de 2017.

Por su parte, la demandada señala que, de conformidad con los archivos de la copropiedad, la persona que representó a la accionada no tenía la legitimidad, esto es, el señor Álvaro Iván Salazar no estaba legitimado como Presidente para suscribir contrato alguno con la demandante, Flor Adriana Aguilar Melgarejo el día 4 de abril de 2016, por cuanto para dicha data no se había realizado la reunión ordinaria del Consejo de administración para el nombramiento de los cargos de

presidente, vicepresidente, secretaria, tesorero, vocal, suplente, etc., teniendo en cuenta que de conformidad con el acta de de Asamblea General ordinaria de copropietarios realizada el 3 de abril de 2016, allí solamente se señalan las personas que se postulan para ser miembros activos del Consejo de administración, pues tan solo con el acta del 8 de abril de 2016, el señor Álvaro Iván Salazar fue elegido Presidente del Consejo de Administración.

Así las cosas, a efectos de comprobar los supuestos de hecho de las súplicas del recurrente, se aportaron al expediente las siguientes pruebas documentales contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 4 de abril de 2016 entre el señor ALVARO IVAN SALAZAR DAZA y la señora FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO y la agrupación residencial, para desarrollar el siguiente objeto:

> *"**PRIMERA.- OBJETO. EL CONTRATISTA** se obliga a prestar los servicios de Administración y Representación Legal de la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR A PROPIEDAD HORIZONTAL ejerciendo las funciones previstas para el Administrador estipuladas en la ley 675 de 2001, el reglamento de Propiedad horizontal, el Manual de Convivencia y el Reglamento de Parqueaderos."*

Reposa igualmente Acta No 74 correspondiente a la reunión ordinaria del Consejo de administración de fecha 8 de abril de 2016 donde se designa en primer lugar el nombramiento del señor ALVARO IVAN SALAZAR DAZA como Presidente del Consejo de Administración, y por otro lado, se ratifica el nombramiento como administrador a FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO (fls. 3 a 9 Poder Anexos – Carpeta Subsanación de la demanda del expediente digital).

Así mismo, reposa certificación expedida por la demandada que data del 18 de enero de 2017, mediante la cual certifica que la señora FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO desarrolla funciones como Administradora y Representante Legal de Propiedad Horizontal desde el 13 de julio de 2015 a la fecha de expedición de la certificación, por prestación de servicios devengando un ingreso mensual de $2.675.000.

Obra Acta de Asamblea General de copropietarios del 5 de abril de 2017, donde se designaron, entre otras cosas, los integrantes del Consejo de Administración, y terminan el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante.

Reposa contrato de prestación de servicios suscrito por la demandante, en calidad de representante legal de la AGRUPACIÓN NUEVA TIBABUYES SECTOR A PH, y el señor DAVID GUTIERREZ PARRADO, con el fin de instaurar y llevar hasta su culminación, en nombre y representación de la demandada, proceso de pertenencia del inmueble ubicado en el conjunto en el lugar que se señala en el plano que se adjunta y hace parte integral de este contrato, para que mediante sentencia

ejecutoriada ordene que se inscriba en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente a la AGRUPACIÓN NUEVA TIBABUYES SECTOR A PH como titular de derecho de dominio por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio con fecha 15 de julio de 2016.

Así mismo, obra contrato civil de obra del 8 de marzo de 2016 con el fin de adecuar el Shut de basuras, portería B, suscrito entre la demandante, en calidad de representante legal de la AGRUPACIÓN NUEVA TIBABUYES SECTOR A PH y el señor DIEGO ALEJANDRO GONZALE BEDOYA, en calidad de Representante Legal de la sociedad S2G Ingeniería & Gestión SAS.

Copia de notificación de terminación de contrato de prestación de servicios a la demandante del 18 de enero de 2017.

Copia de recibo de pago por concepto de honorarios de fecha 5 de abril de 2017 a un copropietario por cobro de honorarios de $2.300.000 torre 1 apartamento 304 conjunto Gustavo Gómez Pinilla y 5 de abril de 2016 a un copropietario, cobro de la deuda de administración $11.531.833 torre 1 apartamento 304 conjunto Gustavo Gómez Pinilla un folio cancelado directamente a Flor Adriana Aguilar Melgarejo.

Copia de la carta de la asamblea de copropietarios de la agrupación residencial nueva Tibabuyes 3 de abril de 2017, copia de la asamblea extraordinaria de copropietarios de la agrupación residencial del 5 de abril de 2017 objeto remoción como administradora y solicitud de rendición de cuentas de la señora FLOR ADRIANA AGUILAR.

Copia de carta de remoción de cargo de administración del 12 de abril de 2017 dirigido a la demandante, donde se indica *“(…) Se le notifica que el contrato por prestación de servicio número 001/2015 establecido entre usted y la Agrupación Residencial Nueva Tibabuyes Sector A P.H. se da por terminado a partir de la fecha”.*

Copia de Acta de Reparto de la demanda civil que le correspondió al Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá del 17 de mayo del 2019, así como copia de la demanda civil instaurada de rendición provocada de cuentas en contra de la señora Flor Adriana Aguilar Melgarejo.

Copia del formato de constancia de envío de correo certificado del inmueble de la señora Flor Adriana otro folio, copia de la certificación del certificado de tradición de la matrícula inmobiliaria 50N-948483.

Finalmente, copia de la carta de solicitud de entrega del cargo y administración del 8 de junio del 2017.

Igualmente se recepciono **interrogatorio de parte** del representante legal de la copropiedad, quien manifestó que la demandante fue administradora del conjunto y que como contraprestación recibida por la labor, unos honorarios inicialmente de $1.800.000 y en el segundo periodo $2.500.000, la demandante el primer periodo que fue contratada lo fue del 10 de julio de 2015 hasta el 1 de abril de 2016, toda vez que los períodos de los administradores son por 1 año y posteriormente se hace una Asamblea Ordinaria de nombramiento del nuevo Consejo y ahí se toma la determinación si se renueva el contrato por 1 año más o no lo renuevan. Que el segundo periodo fue del 3 de abril de 2016 al 2 de abril de 2017, percibiendo unos honorarios de $2.500.000, y a raíz de las irregularidades que se presentaron en su gestión a partir del 01 de abril de 2017 ya no se le permitió el ingreso al conjunto. Que la irregularidad consistió que, la demandante recibió la suma de $11.500.000 de un deudor moroso, sin ingresarlo a las cuentas bancarias del conjunto, que incluso la demandante aceptó en la audiencia de conciliación que había recibido dicho dinero, y que solicitó que se descontara dicho dinero de los 3 meses que le debían honorarios, y del excedente, manifestó que lo reintegraría a la demandada, razón por la cual se le pidió que entregara el cargo aunado a otras irregularidades que se venían presentando por la demandante en su gestión, como la no presentación de informe de gestión, el embargo de cuentas, no citar a Asamblea Extraordinaria, que estaba recibiendo dinero en efectivo por pago de expensas ordinarias, y por no terminarle el contrato adecuadamente a la empresa de vigilancia también se debía un dinero, que existe un video cuando ingresa al conjunto y también hay evidencia de un acta de una asamblea que hicieron por derecho propio los propietarios para tratar la problemática de la salida de la demandante como administradora del conjunto.

Por su parte, la demandante en su **interrogatorio de parte** sostuvo que tuvo una relación con el conjunto demandado y ejerció como administradora y representante legal, en donde primeramente fue nombrada el 10 de julio del 2015 hasta el 3 de abril de 2016 ratificada en la asamblea de dicha fecha en donde se cumplía su período y su vigencia sería hasta que la asamblea lo ratificará o lo determinará. Que el nuevo contrato se firmó a partir del 4 de abril de 2016 para una vigencia que sería prorrogada con 30 días de anticipación no se formalizaba la terminación y de esa prórroga aparece en el contrato, que se impidió su ingreso a la oficina desde el 01 de abril de 2016 porque el consejo de administración se la tomaron la oficina y le pusieron candados. Que cumplió funciones hasta el 31 de marzo del 2016 y que enero, febrero, y marzo ya se los cancelaron sus honorarios. Que se dio cuenta en una audiencia realizada en el juzgado tercero civil, que su contrato no terminó en debida forma como estaba pactado, pues no se cumplió con la cláusula de

terminación como estaba consagrado, que a la demandante la ratifican como administradora o representante legal la máxima asamblea del conjunto residencial y ello fue el 3 de abril de 2016 y en el acta Asamblea Ordinaria. Que el contrato del 4 de abril de 2016 lo firma el consejero delegado de la asamblea y en este caso es el presidente del Consejo

Por otro lado, se recibió el testimonio de **MARÍA STELLA CASTILLO CASTILLO**, quien manifestó que era dueña de la empresa de servicios de aseo del conjunto y por tal razón conoció a la demandante, que hasta donde le indicaron, sellaron la oficina donde trabajaba la administradora pues ella no vivía ahí y solamente le informaron que le habían puesto un candado a la oficina y no le dejaron ingresar.

Se recibió el testimonio de la señora **LUCY MARCELA AGUILLÓN ROA**, quien manifestó que conoce a la demandante porque la testigo fue presidenta del conjunto entre los años 2015 a 2016, para aquella época la demandante era administradora y se terminó su contrato en el año 2016 debido a sus inconsistencias en la falta de palabra. Que, cuando ingresó como nueva presidenta del conjunto, la demandante no la registró ante la alcaldía, que para el año 2015 el señor JORGE ENRIQUE ARGÜELLO eligió a la demandante como representante del conjunto, y en el año 2016 con el mismo Consejo se ratificó como administradora, pero ya había cumplido su ciclo. Que, el 18 de marzo del 2016 convoca una nueva asamblea, que se le pasó una carta de terminación del periodo pero que la demandante la rompió, que después de eso dijo que no iba a trabajar más en el conjunto que iba a trabajar desde su casa y por eso no se le siguió pagando y que no sabe qué se le debe porque el conjunto está al día con ella en todo concepto.

Finalmente, se recibió el testimonio del señor **CÉSAR AMICIS NAJAR VARGAS**, quien manifestó que conoce a la demandante porque fue la administradora del conjunto demandado. Que, salió del conjunto porque no cumplió con muchas de las expectativas ni con todas sus funciones como administradora, que el trámite de su desvinculación la comunidad se saturó y el 01 de abril, toda vez que no citó a la asamblea, que le debía a la empresa de vigilancia al alrededor de $115.000.000 y a la empresa de aseo $25.000.000, que posteriormente se le dijo que fuera a hacer entrega de la administración pero la demandante no se presentó.

Así las cosas, de las pruebas arrimadas al plenario no cabe duda que la señora FLOR ADRIANA AGUILAR MELGAREJO fungió como administradora y representante legal de la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR A PROPIEDAD SEPARADA HORIZONTAL por un primer periodo a partir del 10 de julio del 2015 hasta el 31 de marzo del 2016, desarrollando sus funciones a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, de lo cual no existe discusión frente al cumplimiento de sus honorarios.

Por otro lado, se tiene por acreditado que la demandante fungió como administradora del conjunto residencial demandado para un segundo periodo comprendido desde el 3 de abril de 2016 al 2 de abril de 2017, conforme ratificación efectuada mediante Acta No. 74 del 8 de abril de 2016, lo cual tampoco hay discusión, respecto del cual se encontraba legitimado para suscribir ratificación del contrato con la demandante a partir de abril de 2016, en donde se aprecia el siguiente orden del día:

1. Levantamiento en lista de los presentes.
2. Designación del presidente y secretaria de la reunión.
3. Confirmación de titularidad de miembros del Consejo de administración nombrados en la pasada asamblea del 3 de abril de 2016.
4. Verificación del quórum del Consejo de administración.
5. Elección de cargos del Consejo de administración periodo 2016- 2017 y designación de firmas para registro de movimientos.
6. Presentación y elección de la secretaria de la oficina de administración.
7. Formalización de la ratificación y nombramiento de la administradora representante legal para la AGRUPACIÓN NUEVA TIBABUYES SECTOR A P.H., y pormenores del contrato.
8. Proposiciones y varios.
9. Cierre de la reunión.

No obstante lo anterior, conforme el problema jurídico anteriormente planteado, se observa que la controversia gira en torno a la validez del contrato de prestación de servicios desde el 4 de abril de 2017 al 3 de abril de 2018 entre la demandante y el señor ÁLVARO IVÁN SALAZAR en su condición de presidente del Consejo de Administración de la demandada, como quiera que, como quedó expresado anteriormente, no existe inconformidad sobre los dos periodos anteriores laborados por la demandante, esto es, desde el 10 de julio de 2015 al 31 de marzo de 2016 y del 4 de abril de 2016 al 2 de abril de 2017, y conforme a ello establecer si este se terminó sin justa causa al no dar cumplimiento a la cláusula del contrato de trabajo que dispone el preaviso de 30 días de antelación para dar por terminado el contrato, y en consecuencia, si la demandada le debe cancelar a la demandante la suma correspondiente al faltante para que se lograra cumplir con la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales.

Así las cosas, la AGRUPACIÓN RESIDENCIAL NUEVA TIBABUYES SECTOR A PROPIEDAD HORIZONTAL Y PROPIEDAD SEPARADA U HORIZONTAL, haciendo uso del artículo 40 de la ley 675 de 2001 convocó a asamblea por derecho propio el día 5 de abril de 2017 y ella se hizo según se aprecia, en razón a que la demandante como administradora de dicho conjunto residencial no había realizado

la Asamblea General ordinaria de copropietarios dentro de los términos previstos en el artículo 39, 40 y 51 de la precitada ley.

Que de la anterior citación, el orden del día se estableció el siguiente:

1. *"Llamado a lista de verificación de quórum.*
2. *Aprobación del orden del día.*
3. *Lectura del reglamento de la asamblea.*
4. *Elección del presidente y secretario de la asamblea.*
5. *Informe del hallazgo que justifica la realización de la asamblea*
6. ***Terminación del contrato de prestación de servicio de la representante legal de la agrupación por incumplimiento de su objeto contractual**.*
7. *Informe de revisoría fiscal.*
8. *Elección del Consejo.*
9. *Elección del comité de convivencia y demás comité de apoyo.*
10. *Nombramiento del comité de asesor jurídico y contable conformado por los propietarios y residentes del conjunto residencial.*
11. *Proposiciones y varios, doce cierre de la reunión."*

Del acta anteriormente mencionada se puede apreciar que en dicha reunión fue convocada por las razones expuestas en el numeral 5 en donde se expuso el "*informe de hallazgo que justifica la realización de la asamblea*" en el que enlista las inconsistencias presentadas por la labor desarrollada por la demandante, tales como la no convocatoria a asamblea general ordinaria de propietarios dentro de los término de Ley, carencia de informes financieros, deterioro de la planta física, embargo de cuentas, manejo de dinero en efectivo, deudas con otros proveedores, terminación de contratos a terceros, obras en áreas comunes; conllevando a la terminación de contrato de prestación de servicios de la representante legal de la agrupación por incumplimiento de su objeto contractual y elección del Consejo de Administración.

Conforme lo anterior, se deja por establecido que, la demandada, a través de su Consejo de Administración decidió dar por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante, dados los hallazgos de la revisoría fiscal, conforme se indicó anteriormente, situación que se materializó con la comunicación del 12 de abril de 2017, mediante la cual le informan a la demandante sobre la remoción del cargo de administradora de la demandada.

Ahora, respecto de la petición del apelante, en el sentido que no se informó su no renovación 30 días antes de su terminación, conforme una cláusula del mismo contrato de prestación de servicios, vale la pena traer a colación la cláusula segunda que dispuso:

> ***"SEGUNDA.- VIGENCIA**. El presente contrato tendrá una vigencia de doce (12) meses, comprendidos a partir de la firma del presente documento, entendiéndose que el período sobre el cual se ejecutarán los servicios profesionales está comprendido para los doce (12) periodos mensuales. Cumplido éste término, se prorrogará hasta que la asamblea y/o Consejo de Administración, ratifique o designe un nuevo REPRESENTANTE LEGAL / ADMINISTRADOR. PARÁGRAFO: Para dar*

por terminado el contrato se dará aviso por escrito a la otra parte con un plazo no inferior de treinta (30) días de antelación."

Frente al tema, vale la pena traer a colación el numeral 1º del artículo 8 de la ley 675 del 2001 artículo 8 numeral 1 que establece:

*"**ARTICULO 38**. Naturaleza y funciones. La Asamblea General de propietarios es un órgano de dirección de la persona jurídica que surge por mandato de esta ley y tendrá como funciones las siguientes: 1 nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente cuando fuere el caso para periodos determinados y fijarle una remuneración".*

Ahora bien, sobre las normas de interpretación contractual contenidas en el Código Civil artículo 1618 y 1624 se puede clasificar en 3 grandes grupos: elementos internos del contrato, elementos exógenos del contrato y criterios auxiliares de interpretación; en primera medida, los elementos internos o endógenos del contrato aluden a aquellas reglas o criterios que se aplican cuando se usa el clausulado mismo del negocio y son la regla en favor de la recta interpretación según esta por generales que sean los términos del contrato solo se aplicará la materia sobre la cual se ha de contratar. De otra parte, dentro de los elementos internos u endógenos al contrato encontramos la regla de interpretación sistemática la cual ordena las cláusulas de un contrato de interpretación unas y otras dándoseles a cada una un sentido en que mejor convenga del contrato en su totalidad y la regla de interpretación a favor del contrato en la que el sentido de la cláusula puede producir efecto, deberá preferirse aquel que no sea capaz de producir efecto alguno esto según el Código Civil artículo 1620, todas estas pautas o criterios buscan un objetivo general mantener el esfuerzo que hacen las partes para llegar a la negociación o al perfeccionamiento del contrato y por ende preferir siempre la interpretación que permita mantener y llevar a cabo el negocio por encima de aquella que lo haga inviable o imposible. Finalmente, si se hace imposible para el juez resolver el conflicto mediante alguno de los medios citados deberá en todo caso fallar el litigio y para ello podrá recurrir a criterios auxiliares como la equidad y la costumbre y los principios generales.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que si bien el contrato de prestación de servicios se suscribió inicialmente por doce (12) meses, una vez vencidos, conforme la norma aplicable se reunirá en asamblea para decidir si se ratifica o designa un nuevo representante legal/administrador, situación que sucedió para el periodo 2016 – 2017, mediante Acta No. 74, la cual ratificó a la demandante para desempeñar las funciones del administrador de la demandada. Sin embargo, para el periodo 2017 – 2018, periodo por el cual reclama la demandante, se tiene que la misma no fue ratificada, sino que por el contrario, en Asamblea de Copropietarios del 5 de abril de 2017 se solicitó terminar el contrato de prestación de servicios, dando cumplimiento estricto a la cláusula segunda del mencionado contrato.

Conforme a lo anterior, se observa que el conjunto residencial demandado se encontraba habilitado y facultado para decidir dar por terminar el contrato de prestación del servicio suscrito con la demandante, teniendo en cuenta que su periodo ya había finiquitado y, tanto la Asamblea de Copropietarios, como el Consejo de Administración, eran los que podía ratificar a la demandante, como sucedió la anualidad de 2016 a 2017 o dar por terminado el contrato de prestación de servicios, como en efecto sucedió, pese a que el parágrafo de la cláusula segunda estipulase que para dar por terminado el contrato de trabajo debía dar aviso con antelación de 30 días.

En orden a lo que se viene explicando, y según la interpretación que se hace, se entiende que el parágrafo se aplica en vigencia de los doce (12) meses, mas no para la terminación por finalización del tiempo pactado, precisando que ya habían transcurrido los 12 meses pactados inicialmente, y que la prórroga del contrato de prestación de servicios dependía de la decisión que tomara la asamblea de copropietarios de la accionada, resaltando en todo caso, que de conformidad con la cláusula decimo quinta del contrato de prestación de servicios, una de las causales de terminación del contrato es el vencimiento del término inicial, pues se reitera, su prórroga dependía de la decisión de la Asamblea de copropietarios.

Bastan las anteriores consideraciones, para desestimar la inconformidad presentada por el apoderado de la parte demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** en su integridad el fallo apelado.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: 23-2020-00222-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 031-2022-00084-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **WILSON MOSCOTE GAVIRIA**
DEMANDADO : **COLPENSIONES**
ASUNTO : **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA (COLPENSIONES)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 de Puente Nacional y Tarjeta Profesional No. 221.227 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, conforme poder allegado vía correo electrónico el 15 de febrero de 2023.

La apoderada sustituta de la parte pasiva, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **WILSON MOSCOTE GAVIRIA** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**,

debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 14 (Documento 04), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. DECLARAR que mi representado ha cotizado 660 semanas al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

2. DECLARAR que mi representado cuenta con mas de 62 años de edad y no reúne el número de semanas requeridos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida.

3. DECLARAR que la pensión que ostenta mi representado, como docente, es compatible con la pensión de vejez que hubiese podido obtener de COLPENSIONES, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada.

Condenatorias:

4. CONDENAR a COLPENSIONES a que me reconozca y pague la indemnización sustitutiva.

5. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses legales de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6. CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la indexación de las cantidades adeudadas.

7. CONDENAR a COLPENSIONES en costas procesales, incluidas las agencias en derecho.

COLPENSIONES contestó la demanda (Documento 13), de acuerdo al auto de data 30 de marzo de 2022, visible en documento 16, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que a la accionante, se le reconoció pensión de por parte del MUNICIPIO DE MALAMBO, encontrándose inmersa en la incompatibilidad de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, el cual prohíbe a las personas recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (folios 10-12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** profirió sentencia el 28 de octubre de 2022, en el siguiente sentido:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES**, a reconocer y pagar al demandante WILSON MOSCOTE GAVIRIA, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de $20.956.510 pesos. Suma que deberá ser candelada debidamente indexada, tomando como índice inicial el vigente para octubre del año 2022 y como índice final el vigente para el momento en que se efectué el pago.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, 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 la **ADMISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada."*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que se impartió condena en contra de **COLPENSIONES**, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación como Docente Nacional por parte del Municipio de Malambo.

STATUS DE PENSIONADO:

No fue objeto de discusión que mediante resolución No. 0047 del 23 de mayo del 2016 la Alcaldía Municipal de Malambo – Secretaría de Educación, reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, por haber prestado sus servicios desde el 10 de abril de 1996 al 9 de abril de 2016, en cuantía de $2.296.587 a partir del 9 de abril de 2016 (Documento 04 – folios 36 a 37), concluyendo en primera medida que el demandante efectivamente es beneficiario

de ese régimen exceptuado o excepcional de los docentes del sistema oficial colombiano.

Igualmente, vale la pena resaltar que el demandante cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensional administrado por el ISS hoy COLPENSIONES un total de **660,86** semanas, bajo los empleadores "GIMNASIO DE SOLEDAD", "ATENEO TEC COMER LTD", "LICEO MODERNO DEL NORTE", "COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN", "INSTITUTO TECNICO DE LA COSTA", "C. SN JOSE CO JES.C.", "COMUNIDAD SAN JOSE C", "INSTITUTO TECNOLOGICO" e "INSTITUCION UNIVERSITARIA TSA", por el período comprendido entre el 02 de febrero de 1981 al 30 de septiembre del año 2016, conforme se acredita en la Historia Laboral del actor y de las resoluciones SUB 13592 del 17 de enero de 2018 y SUB 47403 del 26 de febrero de 2018 (Carpeta 14 – Documento HL y Carpeta 01 – Documento 04, respectivamente).

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

En el presente caso el Juez de instancia reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues a pesar de que ya le fue reconocida Pensión de Jubilación por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Malambo, la misma se hace compatible con las 660.86 semanas al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

En ese orden, si bien el artículo 128 de la Constitución Política establece que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del erario público, por lo que podría pensarse en un principio que sería incompatible el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se le reclama a COLPENSIONES en el presente asunto.

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado que la parte actora le fue reconocida la prestación con fundamento en el servicio público prestado por más de 20 años como docente de vinculación a la secretaría de eduación del Municipio de Malambo, sin embargo la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que reclama, se hace con fundamento en periodos cotizados a COLPENSIONES bajo empleadores del sector privado y no al público, tal y como se observa del reporte de semanas cotizadas en pensiones (Carpeta 14 – Documento HL), resaltando que si bien la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES refiere a una empresa industrial y comercial del Estado, los aportes efectuados por la demandante para financiar una eventual pensión de vejez provenían de aportes efectuados por empleadores del sector privado y no del tesoro público, tal es el caso del "GIMNASIO DE SOLEDAD",

"ATENEO TEC COMER LTD", "LICEO MODERNO DEL NORTE", "COLEGIO NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN", "INSTITUTO TECNICO DE LA COSTA", "C. SN JOSE CO JES.C.", "COMUNIDAD SAN JOSE C", "INSTITUTO TECNOLOGICO" e "INSTITUCION UNIVERSITARIA TSA".

Aclarado lo anterior, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación reconocida por la Secretaria de Educación Municipal, resulta ser **compatible** con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, precisamente, nuestro órgano de cierre en la sentencia SL451 con radicado No. 41001 del 17 de julio de 2013 reiterada en decisiones CSJ SL1968-2022, CSJ SL1127-2022 y CSJ SL3775-2021, adoctrinó:

> ***"En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales*** *(…).*
>
> ***En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales****, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:*
>
> > *"A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "(…) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio,* ***es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el***

> ***subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo****."*

Bajo las anteriores consideraciones, dable resulta concluir la compatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por Secretaria de Educación del Municipio junto con la pensión de vejez o indemnización sustitutiva de ésta, en el régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, en los eventos en que no se alcanzan a reunir los requisitos exigidos por la Ley.

Ahora bien, conforme a la documental allegada al plenario la única norma que podría aplicársele a la actora para efectos de reconocimiento pensional son los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 que dispone que para acceder a la pensión de vejez, el afiliado deberá acreditar si son hombres 62 años de edad y 1300 semanas de cotización.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que el actor al momento de radicar la presente demanda contaba con **67** años de edad y un total de **660,86** semanas de cotización, sin que por tanto acreditara la totalidad de requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, para ser acreedora a la pensión de vejez.

Teniendo claro lo anterior, se entrará a estudiar la posibilidad de reconocerle la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 a la demandante.

Frente al tema, el art. 37 de la Ley 100 de 1993, reza:

> *"Art. 37.-* ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ****. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."*

La indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, como derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ha sido definido como, "*el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, para reclamar - en*

sustitución de dicha pensión - una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizada[1]*"* concluyendo entonces que el demandante acreditó haber efectuado aportes al extinto ISS desde el el 02 de febrero de 1981, conforme se observa del reporte de historia laboral incorporado en el expediente administrativo visto a folio en la Carpeta 14 – Documento HL del plenario.

En ese orden de ideas, conforme con lo expuesto en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto: *"garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones."*

En suma, se concluye que al demandante le son aplicables las disposiciones normativas de la ley 100 de 1993, particularmente en lo relativo a la posibilidad de solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que se procederá a **CONFIRMAR** la condena impuesta por el Juez de primera instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que conceda la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor **WILSON MOSCOTE GAVIRIA**, de acuerdo con el período de duración del vínculo laboral que ató a las partes, esto es, por el período comprendido entre el el 02 de febrero de 1981 al 30 de septiembre del año 2016, para un total de **660,86** semanas (Carpeta 14 – Documento HL).

Frente a la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se ha de aplicar la formula señalada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, arrojando una condena por valor de **$18.532.160**[2], conforme a la liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integral de ésta sentencia, razón por la cual se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida en primera instancia, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago, como quiera que la misma resulta inferior a la suma

---

[1] Sentencia C-624/03. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

[2] **ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización**. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:
I = SBC x SC x PPC
Donde:

- SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.
- SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.
- PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.
A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

señalada en primera instancia y dado que se conoce el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor **WILSON MOSCOTE GAVIRIA,** la suma de **$18.532.160,** por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, conforme la liquidacion efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integral de ésta sentencia, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: Sin **costas** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: 11001310503120220008401

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 035-2022-00038-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA**

DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante presento alegatos de conclusión, conforme lo ordenado en auto del 20 de enero 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA** instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, como aparece de folios 1 a 8 del archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor

FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA, la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 1997, fecha de última semana cotizada.

2. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el reconocimiento de la pensión de invalidez.

3. Que se condene SUBSIDIARIAMENTE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA, la indexación de las sumas que no sean sujeto de intereses moratorios.

4. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA, las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.

5. Que se condene a la Entidad demandada a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que el afiliado no cotizo las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Así mismo propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, compensación, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (folios 3 a 17 del archivo 11 del expediente digital).

El Juzgado de origen mediante auto del 26 de octubre de 2022, admitió el escrito de contestación presentado por COLPENSIONES (archivo 13 del expediente digital).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de noviembre de 2022 dispuso:

> "**PRIMERO. - ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colombiana COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA.
>
> **SEGUNDO. -** Se declara probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar.
>
> **TERCERO. -** Condenar en costas a la parte demandante, por tanto, se fija a su cargo la suma de $50.000 como agencias en derecho.
>
> **CUARTO. -** En caso de no ser apelada la presente sentencia, consúltese con el superior.*"*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de ésta con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Sí el señor **FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA** tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 1997, - fecha de la última cotización efectuada al sistema de seguridad social en pensión. **2.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 o Indexación. **4.** Costas procesales de primera instancia.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL AL DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que

se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, cabe advertir que en este asunto no existe controversia sobre la condición de invalidez del señor **FERNANDO DEL CASTILLO DELGADO DAZA**, quien fue calificado en dos oportunidades, así: **(i)** mediante dictamen No. 79266387 del 14 de marzo de 2008, en el cual, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA, frente a la patología CEGUERA DE UN OJO, indicó que la pérdida de capacidad laboral era del **50,70%,** de origen común, con fecha de estructuración de **9 de septiembre de 1998** (folio 41 a 44 del archivo denominado GEN-REQ-IN-2021_13696686 - C02) y **(ii)** mediante dictamen DML-2607 del 18 de abril de 2020, en el cual, COLPENSIONES, frente a las patologías CEGUERA DE UN OJO, VISION SUBNORMAL DEL OTRO y GLAUCOMA, NO ESPECIFICADO, indicó que la perdida de la capacidad laboral era del **54.2%,** de origen común, con fecha de estructuración de **25 de febrero de 2020** (folios 15 a 21 del archivo 01 del expediente digital).

Sobre el particular y atendiendo el problema jurídico planteado, sea lo primero precisar que el Juzgado de primera instancia al resolver el mismo, se limitó al estudio las pretensiones de la demanda con base en el dictamen primigenio, es decir, sobre aquel emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pese a que el actor fundamentó su demanda aludiendo las patologías determinadas en el dictamen posterior, esto es, el emitido por COLPENSIONES (hechos 1 a 16, folios 1-2 archivo 01 del expediente digital). Razón por la cual, y en aras de efectuar la revisión de la decisión, en debida forma, esta Sala procede a verificar las pretensiones de la demanda con base en los dos dictámenes.

En ese orden, frente al dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en el cual se determinó como fecha de estructuración de la patología el **9 de septiembre de 1998**, tenemos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional, es lo dispuesto el *artículo 39 de la Ley 100 de 1993*, en su versión original, que establece como requisitos para acceder al pretendido derecho *a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez,* o que, *b)* ***Habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez****.*

Así, de acuerdo con el reporte de Historia Laboral visible a folios 41 a 44 del documento 11 del plenario, se encuentra acreditado que el actor **no** cotizó ninguna semana al Sistema General de Pensiones dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el *9 de septiembre de 1997 y el 9 de septiembre de 1998*, pues se destaca que la última cotización data del 1 de enero de 1997, sin que por tanto acredite el número mínimo de semanas exigidas por la normatividad antes mencionada, razón por la cual no es procedente en principio reconocer la pensión de invalidez a favor del demandante, conforme así fue indicado igualmente por el *a quo*.

Ahora, en lo concerniente al dictamen emitido por COLPENSIONES, en el cual se estableció como fecha de estructuración de las patologías padecidas por el actor el **25 de febrero de 2020**, encontramos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional corresponde al *artículo 1 de la Ley 860 de 2003*, el cual modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que, frente a los requisitos para obtener la pensión de invalidez causada por enfermedad, indicó: "***1. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración***".

Verificado nuevamente el Historial Laboral visible a folios 41 a 44 del documento 11 del plenario, se encuentra igualmente acreditado que el actor **no** cotizó ninguna semana al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, es decir, entre el *25 de febrero de 2017 y el 25 de febrero de 2020*, pues se reitera, la última cotización del actor data del 1 de enero de 1997, sin que entonces se acredite el número mínimo de semanas exigidas por la normatividad antes mencionada, razón por la cual tampoco es procedente reconocer la pensión de invalidez a favor del demandante bajo tales postulados.

DE LAS ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS Y CONGÉNITAS

Ahora, continuando con los argumentos expuestos por la parte demandante, se evidencia que pretende que su situación pensional no sea estudiada bajo los preceptos tradicionales para otorgar la prestación, sino que, en aplicación del principio de favorabilidad, se otorgue la prestación pensional contabilizando la densidad de semanas exigidas a partir de la fecha de emisión del dictamen de su pérdida de capacidad laboral hasta la última semana efectivamente cotizada, al ser sus enfermedades crónicas, congénitas y degenerativas (hechos 1 a 16, folios 1-2 archivo 01 del expediente digital).

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades **crónicas, degenerativas o congénitas**, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es

dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta lo aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde por completo su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es, en que se desvincula laboralmente o deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

> *«(…) En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones* ***debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez****. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que, con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.*
>
> *En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia. (…)»*

En sentencia SL 1122 de 2017 adoctrinó en cuanto a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional:

> *"Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que, en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado,* ***ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor****."*

Adicionalmente, la Organización Mundial para la Salud - OMS y la Organización Panamericana de Salud – OPS, ha precisado que las enfermedades de tipo "crónico, suelen ser de larga duración y progresión, y son el resultado de una combinación de factores genéticos, fisiológicos, ambientales y de comportamiento".

En este escenario, dentro de las diligencias no se logra establecer por parte de la Sala, ni así fue demostrado, que la patología calificada mediante dictamen No. 79266387 del 14 de marzo de 2008, por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA, esto es, "CEGUERA DE UN OJO", corresponda a una enfermedad crónica, congénita o degenerativa, pues brilla por su ausencia material probatorio o siquiera sumario de ello; evidenciando, por el contrario, que respecto de la patología calificada mediante dictamen DML-2607 del 18 de abril de 2020, por parte de COLPENSIONES, "CEGUERA DE UN OJO, VISION SUBNORMAL DEL OTRO y GLAUCOMA, NO ESPECIFICADO", fueron catalogas dentro del mismo como enfermedades de tipo degenerativas, progresivas y crónicas, siendo dicho ente el especializado en ello y por tanto competente (folio 20 documento 01).

Establecido lo anterior, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2615-2021, de igual forma, ha precisado, que conviene distinguir que una cosa son las controversias propias del dictamen y otra la **determinación del momento a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas que configuran el derecho a la pensión de invalidez**.

En ese orden, es claro, que el presente asunto no está orientado a controvertir ni el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, ni el emitido por Colpensiones, por consiguiente, en solicitar una modificación en la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, sino que se centra en determinar el momento a partir del cual deben contarse los aportes o semanas válidas para la obtención de la pensión de invalidez.

Sabido es, que, por regla general para el reconocimiento de la pensión de invalidez, el conteo de las semanas requeridas ***es realizado de aquellas aportadas con anterioridad a la fecha de estructuración***; sin embargo, a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, la Corte varió su línea de pensamiento en cuanto al momento desde el cual deben contabilizarse los aportes o semanas que dan lugar a la prestación pensional originada en contingencias particulares, específicamente, las relacionadas con enfermedades catalogadas como *crónicas, degenerativas o congénitas*, casos en los cuales se puede tener en cuenta la fecha de: ***(i)*** *la calificación de dicho estado,* ***(ii)*** *la de solicitud de reconocimiento pensional o* ***(iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.***

En efecto, en sentencia CSJ SL781-2021, nuestro máximo órgano judicial, consideró:

"Es así, como en la primera de las providencias antes citadas, reiterada en la CSJ SL4567-2019, se sostuvo que de acuerdo a las peculiaridades que en cada caso se evidenciaran, era dable tener en cuenta, no solo la fecha en que se estructuraba la invalidez (regla general), sino también «(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando», para lo cual se sostuvo como fundamentos, entre otros los siguientes:

[…] en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se profirió la Ley 100 de 1993, que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal, es decir, comprende las obligaciones del Estado y de la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las contingencias derivadas de la vejez, la salud, la invalidez y la muerte, que pueden afectar la calidad de vida de una persona acorde con el principio de la dignidad humana (artículo 152 de la Ley 100 de 1993).

Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.

De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos."

DETERMINACIÓN DEL HITO DE CONTABILIZACIÓN DE SEMANAS

Habiendo quedado establecido que la patología del actor corresponde a una enfermedad del tipo *degenerativa, progresiva y crónica*, por consiguiente, nos queda determinar cuál es la fecha a partir de la cual se entiende que el señor Delgado Daza llegó a la pérdida máxima exigida por el sistema para que, a partir de ella, se valide el cumplimiento de las semanas de cotización, bajo la excepción a la regla, referente al conteo de semanas a partir de ***la de la última cotización realizada - calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando.***

Al respecto, es preciso señalar que dicha excepción, es posible en aquellos casos en los cuales existen aportes, posteriores a la fecha de estructuración determinada por el

ente competente, siempre y cuando sean producto de la capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar. En sentencia CSJ SL3275-2019 se ilustró tal aspecto de la siguiente forma:

> *"Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622, reiterado en la sentencia del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986 – SL6374 de 2015, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado continuó laborando con posterioridad a ésta, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles,* ***concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta****, la cual en todo caso debe ser contemporánea con la fecha en que el afiliado no pudo seguir laborando."*

En armonía con lo discurrido, y para el caso de marras, se encuentra que le es aplicable la regla general, esto es, que el hito a partir del cual se da la contabilización de semanas es el trienio anterior a la fecha de estructuración, es decir, entre el 25 de febrero de 2017 y el 25 de febrero de 2020, como quiera que la fecha de estructuración fue determinada para el 25 de febrero de 2020, más no frente a la fecha de estructuración determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, 9 de septiembre de 1998, como quiera que la misma no corresponde a la patología de tipo degenerativa, congénita y crónica, por lo que es el 25 de febrero de 2020, el momento a partir del cual se deberá realizar la contabilización de las 50 semanas exigidas por la norma aplicable al caso concreto, que recordamos lo es la Ley 860 de 2003, y no dentro de la excepción, pues no hay lugar ***tener en cuenta cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez***, como quiera que no existen, pues el actor, tan solo cuenta con las cotizaciones efectuadas entre el 19 de enero de 1990 y el 31 de enero de 1997, por lo que no es dable, en el caso concreto, la contabilización de semanas cotizadas con posterioridad a la calenda de estructuración.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: 11001310503520220003801

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2021-00292-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CARLOS ARTURO JIMENEZ VELA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN: COLPENSIONES Y PORVENIR / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, Porvenir y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CARLOS ARTURO JIMENEZ VELA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que AFP PORVENIS SA incumplió el deber legal de información al no informar sobre las consecuencias del cambio de régimen al demandante; en

consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al RAIS de **CARLOS ARTURO JIMENEZ VELA** y declarar que nunca se trasladó al RAIS y se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones**.** Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, con cargo a sus utilidades. Condenar a Colpensiones a recibir los dineros**.** Condenar en costas a las demandadas, ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 29 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 8 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por **CARLOS ARTURO JIMENEZ VELA** con la AFP Porvenir SA el 31 de enero de 2000. Ordenó a Porvenir trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos generados, igualmente devolver a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados y de sus propios recursos. Ordeno a Colpensiones recibir sin solución de continuidad en el RPM al demandante. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. Condeno en costas a las demandadas, **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, no está de acuerdo con el fallo, pues el demandante pretendió retornar al RPM cuando se encuentra incurso en la prohibición de la ley 797 de 2003 pues ya tienen 63 años en el año 2020. No obra en el expediente ningún vicio del consentimiento; y la nulidad no se solicitó dentro de los cuatro años que establece el código civil. Existió una ratificación expresa o tácita al ejecutar el demandante voluntariamente actos de conformidad para permanecer en el RAIS. La corte suprema no analiza quien es deudor ni quien es acreedor, siendo indebida la aplicación del código civil, cuando la carga de la prueba es del afiliado y no del fondo. El deber de información solo se regulo en la ley 1748 de 2014. Con esta

decisión se descapitalizaría el sistema, pues se otorgan beneficios a personas que nunca han cotizado al RPM.

AFP PORVENIR SA, apela la decisión sustentándola en que no hay prueba suficiente para declarar la ineficacia. En el año 2000 el demandante firmo el formulario de afiliación que era el documento que se exigía por la ley 100/93 para la afiliación a los fondos, el cual se hizo de manera libre y voluntaria como consta en el mismo formulario. No solo existe el formulario de filiación, sino un tiempo largo de permanencia en el fondo, y el pago de aportes que ratifica su deseo de permanecer en el RSAIS. Solo se percató de un supuesto en gaño, cuando ya estuvo cerca de la edad pensional, permaneciendo durante 21 años en el fondo. El demandante está incurso en ña prohibición legal de la ley 797 de 2003, pues ya tienen 63 años y esta norma prohíbe el traslado de régimen cuando faltaren 10 años o mensos para llegar a la edad pensional. Respecto a los gastos de administración, no hacen parte de la pensión de vejez, y se utilizan en los dos regímenes, y sobre los mismos aplica la prescripción. Sobre los rendimientos financieros no se generan en el RPM. Y sobre las primas de seguros previsionales, cumplieron su función aseguradora, y no es factible su devolución, pues generaría un enriquecimiento sin causa, al ordenar devolverlos en forma indexada, al igual que los rendimientos generarían una doble condena.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **CARLOS ARTURO JIMENEZ VELA** el día 31 de enero de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 31 d enero de 2000(f.68 demanda).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

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

posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se

encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA: aporto SIAFP, formulario afiliación, página del Tiempo de 2004, comunicado de prensa, concepto SIF 2020, relación histórica de movimientos, relación de aportes, historia laboral, bo9no pensional, certificación de afiliado, respuesta petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de enero de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 31 de enero de 2000, el demandante tenía 169 semanas (f.38 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 10 de septiembre de 1957 f.16 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la parte demandante había cotizado 978 semanas, (f.38 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 31 de enero de 2000, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos no lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmara lo decidido por el a quo, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por el fondo en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del

Código Civil, ***lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que tal como se ha expresado por esta Sala mayoritaria,

nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la parte demandante del RPM al RAIS, y tampoco el demandante solicitó beneplácito de Colpensiones para efectuar su traslado declarado ineficaz; por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir al demandante en el régimen público de pensiones. De otra parte, al conocerse indefectiblemente también en el grado jurisdiccional de consulta el fallo adverso a Colpensiones, seria inconducente condenar en costas al fondo público.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022 por el Juzgado 7º Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **Sin COSTAS** en esta instancia. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carlos Arturo Jiménez Vela
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2021-00292-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **afb9e19eda16b40a60d7d1788da60a0e80b067265d1c2497c263af10434adb1c**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:25 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 02-2020-00281-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN: COLPENSIONES / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JOSE HELADIO GARZON SUAREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ** del RPM al RAIS administrado por AFP COLFONDOS SA y los distintos AFP; se declare que la demandante siempre estuvo afiliado al RPM, Condenar a COLFONDOS a trasladar a Colpensiones el monto total de lo ahorrado con los rendimientos**.** Condenar en costas a las demandadas, ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 12 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de enero 24 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 6 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizo **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ** a Colfondos el 19 de noviembre de 1995.CONDENAR a COLFONDOS a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación de **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ** como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, los rendimientos causados, y los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno. ORDENAR a Colpensiones recibir todos los valores, y tener como valida la afiliación de fecha septiembre 15 de 1978 por lo que deberá incluir en la base de datos y sistemas de información de la historia laboral. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. Condeno en costas a las demandadas, **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, no está de acuerdo con el fallo, pues al declarar la ineficacia del traslado, afecta el patrimonio de Colpensiones. El demandante no puede eximirse del deber de ilustrrse a cerca de las consecuencias del cambio de régimen pensional, de acuerdo al decreto 2010 que establece que las obligaciones de los usuarios del régimen de pensiones. El demandante no está disminuido en su capacidad mental, y fue negligente, no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto su afiliación, los cuales están contenidos en el formulario como son el retracto. El interés general debe primar sobre el particular, y la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio público. Se violan principios constitucionales como la solidaridad, l equidad, y la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social

en pensiones, según Sentencia C1024 de 2004 y SU 262 de 2010. Sobre la condena en costas, Colpensiones no intervino para el traslado del demandante, es un tercero, y esta condena va en detrimento de la entidad, pues el demandante nunca solicito una asesoría a Colpensiones, como lo dijo en el interrogatorio, durante los 26 años que estuvo en el fondo privado. Solicita se revoque la condena en costas.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ** el día 19 DE NOVIEMBRE DE 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 19 de noviembre de 1995 (f.99 contestación Colpensiones).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de

noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP COLFONDOS SA: no aporto pruebas.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de noviembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 19 de noviembre de 1995, el demandante tenía 820.4 semanas (f.296demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 8 de febrero de 1959 f.15 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos, la parte demandante había cotizado 1.652,29 semanas, (f.26 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional

siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 19 de noviembre e 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos no lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas

a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se modificara lo decidido por el a quo, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por el fondo en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"

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

Bajo las anteriores consideraciones, se MODIFICARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que tal como lo expresó en la alzada nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, y tampoco el demandante solicitó beneplácito de Colpensiones para efectuar su traslado declarado ineficaz, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir al demandante en el régimen público de pensiones, y al conocerse indefectiblemente también en el grado jurisdiccional de consulta, seria inconducente condenar en costas al fondo público.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado 2º Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **JOSE HELADIO GARZON SUAREZ**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: José Heladio Garzón Suàrez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**002-2020-00281-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bafdd27913870d360b402bb910d7586c2103b753a611911ca25f0763120ddda3**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 30-2020-00415-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **OSCAR ARTURO RIAÑO TORRES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA-AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN: COLPENSIONES Y PORVENIR / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 30º Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería al abogado Nicolás Eduardo Ramos, CC 10184369231 y TP 365094 del CSJ, como apoderado de la AFP Porvenir SA, según documentación adjunta al plenario.

Porvenir y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

OSCAR ARTURO RIAÑO TORRES instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP PROTECCION SA, Y AFP PORVENIR SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por AFP PORVENIR SA el 1 de octubre de 1996 del RPM. Se ordene el retorno de **OSCAR ARTURO RIAÑO TORRES** al RPM. Condenar a Protección SA trasladar a Colpensiones los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin deducción, por gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivientes, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Condenar a Colpensiones a recibir en el RPM al demandante, como si nunca se hubiera trasladado, y actualizar la historia laboral.
Condenar en costas a las demandadas, ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de abril 6 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 10 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 1 de noviembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por **OSCAR ARTURO RIAÑO TORRES** el 30 de agosto de 1996, del RPM al RAIS administrado por Horizonte, y luego el traslado a ING el 25 de agosto de 2006, luego por fusión a Protección el 31 de diciembre de 2012, declarar válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Ordenar a Protección en un tiempo no mayor a 30 días trasladar la totalidad de aportes del demandante de su cuenta de ahorro individual, así como cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de aportes a seguros previsionales, gastos y comisiones de administración, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a Colpensiones. Ordenar a Porvenir trasladar a Colpensiones los gastos cobrado s por administración por el lapso que el demandante estuvo en dicha administradora de agosto 30 de 19956 a agosto 24 de 2006, de sus propios recursos y debidamente indexados. Ordenar Colpensiones recibir de Protección y Porvenir los dineros referidos, y una vez tenga dichas sumas, reactivas la afiliación en el RPM, convalidando dichas semanas. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Condeno en costas a las demandadas Porvenir y Protección, **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las demandadas Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, no está de acuerdo con el fallo, pues la decisión viola los derechos de Colpensiones, está siendo condenada por un hecho que no cometió; no es justo que se condene a recibir los aportes del demandante, y asumir una carga pensional, cuando no hizo incurrir en error al demandante. Se debe modificar la línea jurisprudencial en el sentido de obligar a los fondos privados a que pensionen a sus afiliados conforme a las reglas del RPM.

AFP PORVENIR SA, apela la decisión sustentándola en que la línea jurisprudencial se debe aplicar en casos similares, pero esto no ocurre en este caso, pues el demandante se afilió de manera libre y voluntaria, con sustento en la legislación aplicable en la época del traslado. No es lógico ordenar devolver los rendimientos financieros, pues si la ineficacia establece que el negocio no se celebró, tampoco se pueden genera rendimientos, configurándose un evidente enriquecimiento sin causa. Como se constituye una agencia oficiosa por parte de Porvenir en favor de Colpensiones, solo se debe ordenar la devolución de los aportes con los rendimientos que habrían podido generar al estar en poder de Colpensiones, en este caso teniendo en cuenta la rentabilidad mínima de dicha entidad. En caso de no acceder a esto, se ordenen las restituciones mutuas.

En este caso los gastos de administración que no formarían la pensión, si se utilizaron para administrar los aportes. Los seguros previsionales fueron trasladados a las aseguradoras y cumplieron su finalidad aseguradora. No se puede condenar a la indexación, pues ya se están ordenando los rendimientos financieros producto de su gestión, debe descartarse la condena en costas, pues es desproporcionada porque el asunto es de baja complejidad.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectuado por **OSCAR ARTURO RIAÑO TORRES** el día 30 de agosto de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que

las AFP PROTECCION Y PORVENIR SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 30 de agosto de 1996 (f.41 demanda y 47 contestación Porvenir); luego en agosto 31 de 2006 se trasladó a AFP Santander SA, hoy Protección SA. (f.57 demanda)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la

relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PORVENIR SA: historia pensional, relación histórica de movimientos, formato, actualización de datos, formulario vinculación Horizonte 1996, y 2000, respuesta a petición, aportó SIAFP, comunicado de prensa, concepto SIF 2020. AFP PROTECCION SA: formulario Santander agosto 25 de 2006, y 2011, historia laboral, HS400, movimiento cuenta de ahorro individual, certificado OBP, r4easesoria pensional, histórico de re asesorías realizadas, SIAFP, respuesta a petición, políticas para afiliación personas naturales, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de agosto de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 30 de agosto de 1996, el demandante tenía 172.14 semanas (f.25 cont. Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 29 de abril de 1965 f.30 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la parte demandante había cotizado 1.275.86 semanas, (f.25 cont. Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP horizonte S.A., el 30 de agosto de 1996, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos no lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al***

RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmara lo decidido por el a quo, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por el fondo en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de

2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia, puesto que tal como se ha expresado por esta Sala mayoritaria, nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la parte demandante del RPM al RAIS, y tampoco el demandante solicitó beneplácito de Colpensiones para efectuar su traslado declarado ineficaz; por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir al demandante en el régimen público de pensiones. De otra parte, al conocerse indefectiblemente también en el grado jurisdiccional de consulta el fallo adverso a Colpensiones, seria inconducente condenar en costas al fondo público.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de noviembre de 2022 por el Juzgado 30º Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Óscar Arturo Riaño Torres
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**030-2020-00415-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4924872b4c97978721175b8dafe8e9875d976805d7e39648768b67776c05c058**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 14-2021-00052-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN: COLPENSIONES / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que Porvenir omitió el deber de información al no brindar asesoría a la demandante sobre el traslado de régimen. Declarar ineficaz la afiliación al RAIS

efectuada por **ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA** a AFP Porvenir SA**.** Declarar que nunca se trasladó al RAIS y que se encuentra válidamente afiliada al RPM. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos. Condenar a Colpensiones a recibir los dineros**.** Condenar en costas a las demandadas, ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 16 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 2 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por **ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA** del RPM al RAIS administrado por Porvenir, y como consecuencia siempre estuvo afiliada al RPM.
ORDENAR a Porvenir SA a que traslade a Colpensiones el saldo total todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con rendimientos financieros, sin descuento alguno por gastos de administración y comisiones. Ordenar a Colpensiones actualizar la historia laboral. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.
Condeno en costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Pues el fallo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, siendo Colpensiones un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y Porvenir. Solicita al Tribunal que no se ordene a Colpensiones recibir a la demandante en el RPM, pues esta decisión causaría daño al equilibrio financiero, y afecta la reserva pensional al recibir a una persona que no ha cotizado a Colpensiones durante muchos años. Siendo Colpensiones un tercero se vería afectado gravemente su equilibrio financiero. Se viola también la prohibición de la leyn797 de 2003 al faltarle a la demandante menos de diez años para llegar a la edad pensional. En caso de conformarse el fallo, ruega al tribual ordenar a la

demandada Porvenir resarcir los perjuicios económicos, y conceda a Colpensiones en virtud de la teoría del daño, pues el que lo produce es quien está obligado a resarcirlo.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA** el día 10 de julio de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PORVENIR SA donde estuvo vinculada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 10 de julio de 1997, luego el 8 de junio de 1999 se trasladó a AFP HORIZONTE SA hoy AFP PORVENIR SA (folios 18 y 19 anexos demanda)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA: SIAFP, formulario de afiliación a Porvenir y Horizonte, historia laboral, reporte de movimientos, certificado bono pensional, respuesta a petición, página del Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de julio de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de julio de 1997, la demandante tenía 505.5 semanas por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el octubre 31 de 1962 f.21 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2021 fecha de expedición de historia laboral por Porvenir), la demandante había cotizado 1.595 semanas, (f.87 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría,

conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR SA el 10 de julio de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada

lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, no se accederá a ordenar perjuicios en su favor, pues esto pedimentos no fueron objeto del debate acá resuelto. Pero si se modificara lo decidido por el a quo en cuanto a los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a***

trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos*, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

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

Bajo las anteriores consideraciones, se MODIFICARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia proferida el 27de septiembre de 2022 por el Juzgado 14 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **ANA LUCIA SANCHEZ HERRERA**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en

cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE** **Ponente**

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ana Lucía Sánchez Herrera
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**014-2021-00052-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c7531ae1cde648d6e45d90fa7896ce6cd26b01fb84c79fe4118be4ca7deeaa5d**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 39-2021-00263-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA, Y AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN: AFP PORVENIR SA, y COLPENSIONES / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 26 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR Y PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado de **LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON** del ISS al RAIS administrado por Protección y Porvenir, por faltar al deber de información. Declarar que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS, y que está inscrita en el RPM de Colpensiones. Que se ordene a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de **LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON.** Condenar en costas a las demandadas, ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto octubre 5 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de mayo 31 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 11 de agosto de 2022: **DECLARÓ** que el traslado efectuado por **LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON** del RPM al RAIS administrado por Porvenir el 1 de abril de 1995 es ineficaz, y por tanto nunca se trasladó al RAIS, lo que se extiende a todas las afiliaciones posteriores al RAIS.

CONDENAR a Porvenir SA a que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

ORDENAR a Protección SA que transfiera a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración, comprendiendo las primas de seguros previsionales pagados por invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

ORDENAR a Colpensiones que reciba los dineros anteriores, y reactive la afiliación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

COLPENSIONES podrá iniciar las acciones contra Porvenir y Protección SA para obtener los eventuales perjuicios.

Condeno en costas a las demandadas Porvenir y Protección SA. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir no está de acuerdo con la decisión y solicita su revocatoria, en primer lugar la ignorancia en la ley no es excusa, y se presume que todos los ciudadanos deben conocer la ley, y no es correcto que se presuma que Porvenir desconoció el deber de información, pues este se encuentra probado con la suscripción del formulario por la actora, pues la ley no exigía documentar el deber de información con un documento diferente al formulario. Subsidiariamente en caso de confirmar la decisión solicito se exonere a Porvenir de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales, aportes y al fondo de garantía de pensión mínima, pues los gastos de administración surtieron su finalidad, al incrementar el capital con los rendimientos, y constituiría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones. Solicita se compensen los gastos de administración, los seguros previsionales y aporte al fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos que se generaron.

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Sobre el interrogatorio a la demandante no comparte lo establecido por el a quo, pues la confesión de la actora es calara, pues ella indica los elementos del traslado. Pues si una persona lee el formulario y le imprime su firma, y luego decide aceptar lo que allí se dijo. No se pueden exigir pruebas distintas a las que exige la ley, el negocio jurídico de traslado es consensual. No está de acuerdo con que el fallo diga que Colpensiones no sufre ningún perjuicio pues en realidad si sale perjudicada. Afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Solicita se abstenga de imponer costas, pues colpensiones no tuvo participación en el traslado de la demandante al RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **LUZ DEYANIRA ARGUELLO SALOMON** el día 15 de marzo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA fondo al que está vinculada, al igual que el AFP PROTECCION SA donde estuvo vinculada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 15 de marzo de 1995, luego el 13 de octubre de 2000 se trasladó a AFP ING SA hoy AFP PROTECION SA, y el 21 de febrero DE 2005 se trasladó a AFP PROTECCION SA (f. 24contestación protección).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que

claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PROTECCION SA aporto: captura de pantalla, formularios de afiliación, concepto SIF 2015, comunicado de prensa; AFP PORVENIR SA: SIAFP, formulario de afiliación, reporte de movimientos, historia laboral, certificado de afiliado y bono pensional, concepto SIF 2020, comunicado de prensa, respuesta a petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de marzo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 15 de marzo de 1995, la demandante tenía 29 semanas (f.10 anexos demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 7 de marzo de 1967 f.1 anexos demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.332 semanas, (f.10 anexos demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos

derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 15 de marzo de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmara lo decidido por el a quo, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre

en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas. No obstante, si considerara que al declarar la ineficacia recibiría algún perjuicio, esto debió ventilarlo en el proceso demandando en reconvención, o mediante cualquier otro tramite procesal pertinente, que pudiera habilitar a esta jurisdicción para pronunciarse.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado 39 Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luz Deyanira Argüello Salomón
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**039-2021-00263-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8080921607acc44b1fa068e92539c888a35189820dd8170d8f2557a2efaed949**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 20-2019-00817-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA, AFP PROTECCION SA. Y AFP PORVENIR SA**
ASUNTO: **APELACIÓN: COLPENSIONES / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en su favor en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO CC 1.129.580.577 y TP 219.992 del CSJ, conforme a sustitución allegada al plenario. Igualmente se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada especial de Porvenir SA a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ CC 1.140.887.921 y TP 369.821 del CSJ, conforme a poderes debidamente allegados al plenario.

Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARIA LILIANA FRANCO DIAZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS.PORVENIR Y PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ** del ISS al RAIS administrado por Colfondos SA, se declare que la demandante está vinculada legalmente a Colpensiones. Se ordene el traslado a Colpensiones de la totalidad de las cotizaciones, sin deducciones, los rendimientos financieros y bonos pensionales.
-Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 22 de 2021 a Colpensiones y Protección, abril 8 de 2022 a Colfondos, y julio 26 de 2022 a Porvenir; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ** hacia Colmena hoy Protección, el 27 de junio de 1996, su posterior traslado a Horizonte hoy Porvenir SA el 29 de octubre de 1999, y finalmente a Colfondos SA el 19 de junio de 2000. Declarara como aseguradora de la demandante en los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

Ordenar a Colfondos devolver los aportes girados a su favor por cotizaciones a pensión de **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ,** junto con los rendimientos financieros con destino a Colpensiones.
Condeno en costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Pues la demandante está inmersa en la prohibición consagrada en la ley 797 de 2003, al faltarle 10 años o menos para llegar a la edad pensional. La demandante efectuó traslados horizontales, por lo cual, no se puede decir que hubo falta de información. El hecho de eventualmente percibir una mesada menor en el RAIS no es una razón legal para declarar la ineficacia, Al concederse el traslado se afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen, es un tercero de buena fe, que no puede ser castigado con costas. Solicita al Tribunal mantener la tesis de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Solicita no condenar en costas a Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., efectuado por **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ** el día 27 de JUNIO de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA al igual que el AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR SA donde estuvo vinculada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA hoy PROTECCION S.A. el 27 de JUNIO de 1996, luego el 29 de octubre de 1999 se trasladó a AFP HORIZONTE SA hoy AFP PORVENIR SA, y el 19 de julio de 2000 se trasladó a AFP COLFONDOS SA (f.22 contestación Colfondos).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PROTECCION SA aporto: formularios de afiliación a Colmena, certificado aportes trasladados, SIAFP, políticas de asesoría, comunicado de prensa; AFP COLFONDOS SA: SIAFP, estado de afiliación, formulario de afiliación, articulo del tiempo; AFP PORVENIR SA: formulario de afiliación a Horizonte, certificado de egresado, historia laboral, reporte de movimientos, SIAFP, consulta Asofondos, concepto SIF 2019, comunicado de prensa.

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

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 27 de junio de 1996, la demandante tenía 298 semanas (f.29 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 14 de enero de 1967 f.13 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2018, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos, la demandante había cotizado 1.391 semanas, (f.29 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., el 27 de junio de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se modificara lo decidido por el a quo, ya que ninguna razón tiene en su argumento el a quo, que considera que estos gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estaban reglados en la ley, y ya habían cubierto los riesgos protegidos durante la vinculación al RAIS que se declara ineficaz; pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer

a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se MODIFICARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **MARIA LILIANA FRANCO DIAZ**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, al igual que los AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA, durante lapso que estuvo afiliada a dichos fondos, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Liliana Franco Díaz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2019-00817-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4b4c99a130f1eaadf130392f9610a97d3ea2e9de661913c16b497c4746c16c5f**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 37-2021-00449-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA CLAUDIA VARGAS VASQUEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación y el grado jurisdicción al de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARIA CLAUDIA VARGAS VASQUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que **MARIA CLAUDIA VARGAS VASQUEZ** fue inducida en grave error por Porvenir, al omitir información sobre los efectos del traslado al RAIS del RPM. Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado

por Porvenir. Declarar vigente la afiliación al RPM. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes con los rendimientos desde el 1 de enero de 2000, trasladar y actualizar la historia laboral en el RPM. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 21 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de mayo 19 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **MARIA CLAUDIA VARGAS VASQUEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA el 17 de noviembre de 1999. CONDENAR a la AFP PORVENIR SA transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con el reconocimiento de los gastos de administración. Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que la inconformidad de la demandante se basa en que no se le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen, lo cual va en contravía de lo establecido en la ley 100/93, pues allí está claramente especificado cada régimen pensional, y la demandante estaba obligada a conocer la ley conforme al artículo 11 del Código Civil. Además, en forma voluntaria suscribió el formulario de afiliación, y la obligación de brindar información empezó a legislarse en el año 2009. Los consumidores financieros están obligados a informarse sobre las condiciones, modalidades y sistemas. La demandante tuvo la oportunidad legal para trasladarse a Colpensiones y no lo hizo, porque estaba satisfecha con Porvenir, y no confiaba en Colpensiones, como lo aseguro en el interrogatorio de parte. Su inconformidad con el monto de la mesada, no puede dar lugar a la ineficacia; se debe tener en cuenta el principio de la estabilidad financiera del RPM. Solicita se le absuelva en costas, por ser Colpensiones un tercero que no influyo en el cambio de régimen.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **MARIA CLAUDIA VARGAS VASQUEZ** el día 17 de noviembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 17 de noviembre de 1999 (f. 162 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo. e historia laboral; AFP

PORVENIR SA aporto: SIAFP, formulario de afiliación, página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020, relación histórica de movimientos, relación de aportes, historia laboral, bono pensional, certificado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de noviembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado noviembre 17 de 1999, la demandante tenía 410 semanas (f.123 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 20 de mayo de 1964 f.22 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.511 semanas, (f.23 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 17 de noviembre de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del

traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

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

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso

los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, pues Colpensiones, en realidad no resulto vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP Porvenir SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2022 por el Juzgado 37 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Claudia Vargas Vásquez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**037-2021-00449-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1d8046ee4d815ff90f300061311ce9c93cf4af31cb29c90a2c7368900e66d5d8**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 7-2021-00370-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARTHA LUCIA SEPULVEDA MOSQUERA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: **APELACIÓN PORVENIR Y COLPENSIONES/Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas, y el grado jurisdicción al de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Previo a resolver la alzada, se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra., LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, CC 1.073.680.314 y TP 215.205 del CSJ, según poder que adjunta. Notifíquese.

Las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARTHA LUCIA SEPULVEDA MOSQUERA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que **MARTHA LUCIA SEPULVEDA MOSQUERA** fue inducida en grave error por Porvenir, al omitir información sobre los efectos del traslado al RAIS del RPM. Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por Porvenir. Declarar vigente la afiliación al RPM. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes con los rendimientos desde el 1 de mayo de 1999, trasladar y actualizar la historia laboral en el RPM. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 1 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 10 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de febrero de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado de **MARTHA LUCIA SEPULVEDA MOSQUERA**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA el 7 de abril de 1999. ORDENAR **a** la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos. ORDENAR a Porvenir devolver a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenar a Colpensiones recibir sin solución de continuidad como afiliada al RP; desde su afiliación inicial al ISS. Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que el fallo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el demandante y porvenir. Solicita al Tribunal, que no se ordene recibir a la demandante en el RPM, pues se afecta el equilibrio financiar de

Colpensiones y la reserva pensional. Solicita que ordene resarcir los daños que se puedan ocasionar a Colpensiones; y que no sea condenado e costas, pues Colpensiones es un tercero en todo este conflicto.

PORVENIR: solicita evocar parcialmente el fallo, en cuanto al numeral tercero de los gastos de administración y sumas indexadas. Pues estas son obligaciones de tracto sucesivo que se surten también en el RPM, según el artículo 20 de la ley 100/93, Porvenir cumplió con el debido ejercicio de la administración de los aportes pensionales, los cuales fueron duplicados con los rendimientos, y estos no forman parte de la pensión, y sobre ellos ocurre el fenómeno de la prescripción, al cual apelamos, y no se puede ordenar devolver estos, al RPM pues no ha administrado durante 22 años estos dineros de la demandante. Frente a la indexación, las sumas que están en la cuenta de ahorro están actualizadas, y sus rendimientos están en la cuenta de ahorro, y son excluyentes de la indexación, generándose una doble condena.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **MARTHA LUCIA SEPULVEDA MOSQUERA** el día 7 de abril de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1999 (f. 100 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo. e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, formulario de afiliación, página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020, relación histórica de movimientos, relación de aportes, historia laboral, bono pensional, certificado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 7 de abril de 1999, la demandante tenía 103 semanas (f.2 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 22 de julio de 1963 f.1-demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas necesarias (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.196 semanas, (f.2 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 7 de abril de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la

suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que la interpretación que da el apelante Porvenir a los gastos de administración y la indexación para que se excluyan de la sentencia, no tienen sustento jurisprudencial, pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, ***lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando***

las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia a Colpensiones, y se revocaran las impuestas en primera instancia, pues Colpensiones, en realidad no resulto vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP Porvenir SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario.

Se impondrán costas a cargo de la apelante Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente, a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por el Juzgado 7 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Se revoca la condena en costas impuesta a Colpensiones en primera instancia; y se condena en **COSTAS** en esta instancia a la AFP Porvenir SA, inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Lucía Sepúlveda Mosquera
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2021-00370-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6cfb9d1302a902e31c36e5b6e163405d86edfb398eec6bc4c7699a75ca407124**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 16-2019-00810-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: **APELACIÓN: AFP PROTECCION SA / CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 y TP 221.238 del CVSJ, conforme a sustitución allegada al plenario.

Colpensiones a través de su procuradora judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación del RPM al RAIS administrado por la AFP Protección SA, y que Colpensiones reciba a la demandante **GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN** los aportes sin deducción alguna.
Condenar a las AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones lo aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, bono pensional e intereses, y a Colpensiones a recibir estos valore y actualizar la historia laboral
-Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 13 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de Marzo 4 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 Transitorio Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 31 de mayo de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN del** RPM al RAIS, el 19 de abril de 1999, que surtió efectos el 1 de junio de 1999 a través de AFP Protección SA.
Condenar a AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido por la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales, comisiones de la aseguradora si los hubiere, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración.
Condenar a Colpensiones a recibir de AFP Protección SA, tales emolumentos relacionados, y reactivar válidamente su afiliación al RPM, actualizando su historia laboral.
Declaró no probadas las excepciones y condeno en costas a AFP Protección SA. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Protección, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP Protección SA apela parcialmente la decisión solicitando la revocatoria parcial del fallo, en cuanto a que valores deben ser retornados, teniendo en cuenta los gastos de administración y seguros previsionales; manifiesta que estos son descuentos legales que se cobran en ambos regímenes. Estos dineros no tienen como finalidad financiar la pensión. Ahora, si el fallo establece que las cosas vuelvan a su estado anterior, como si nunca se hubiera trasladado, se deben devolver los

aportes, con los rendimientos que se hubieran podido producir en el RPM, ya que la rentabilidad en el RAIS supera ampliamente la del RPM, y en esta condena Colpensiones incurre en un enriquecimiento sin justa causa, ya que no solo está recibiendo unos rendimientos que en su poder no se hubieran generado, sino además los gastos de administración que se causaron, precisamente para generar esos rendimientos en un correcto manejo de los aportes. Finalmente solicita se aplique la prescripción sobre los dineros correspondientes a los gastos de administración, pues al no hacer parte de la financiación de la pensión, son prescriptibles.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., efectuado por **GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN** el día 1 de JUNIO de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCION S.A. el 1 de JUNIO de 1999(f.14 anexos demanda).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de

2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PROTECCION SA aporto: SIAFP, formularios de afiliación, reasesoria pensional 2008, historia para bono pensional, movimiento cuenta de ahorro, políticas de asesoría, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de junio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 1 de junio de 1999, la demandante tenía 219.57 semanas (f.67 contestación Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el noviembre 25 de 1961 f.41contestacion Protección) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría

pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.361.71 semanas, (f.67 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP

PROTECCION S.A., el 1 de junio de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que ninguna razón tiene en su argumento de AFP Protección apelante que considera que estos gastos de administración y seguros previsionales estaban reglados en la ley, y ya habían cubierto los riesgos protegidos durante la vinculación al RAIS que se declara ineficaz; pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Protección SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado 2° Transitorio Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **GLORIA CRISTINA VERGARA MARTIN**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Protección SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gloria Cristina Vergara Martin
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**016-2019-00810-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **066fc5aaa79ac1ff671adcc8b850e49f47faa8f7e9dccfa0e69d575d8d8a8a68**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:28 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2019-00635-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **HUGO DE JESUS ALBA OSTOS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCION, y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería para actuar a PAULA HUERTAS BORDA CC 1.020.833.703 y TP N°369.744 del CSJ, abogada inscrita en la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, como apoderada especial de la AFP PORVENIR SA, conforme al poder y certificación de representación que se anexa.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA
Ponente.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente SENTENCIA:

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas AFP PORVENIR SA y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia

proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 10 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

HUGO DE JESUS ALBA OSTOS instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, PROTECCIÓN SA Y COLFONDOS SA; como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación realizada en su momento a Colpatria, posteriormente a Horizonte (hoy Porvenir) por falta de información; posteriormente a Colfondos SA y Protección SA; Ordenar a Porvenir, Colfondos y Protección realizar los trámites para el retorno del demandante a Colpensiones incluyendo los aporres rendimientos y bonos pensionales; ordenar a Porvenir, Colfondos y protección devolver cualquier concepto por el que haya recibido ingresos por afiliación del accionante, como cuotas de administración entre otros; ordenar a Colpensiones realizar todos los trámites tendientes al retorno del demandante, convalidando los dineros recibidos de las demandadas.
-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 11 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en autos de febrero 14 y marzo 2 de 2020, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado de **HUGO DE JESUS ALBA OSTOS** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 29 de julio de 1995; ORDENAR A Colfondos trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben

incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta el traslado al RPM administrado por Colpensiones.
ORDENAR a Colfondos y Porvenir trasladar a Colpensiones las sumas deducidas por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichas sociedades, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos.
Condenar a protección a trasladar a Colpensiones todos los recursos que obren en la cuenta de ahorros individua, incluyendo aportes y sus rendimientos. Así mismo las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, los gastos de administración y comisiones que correspondan en proporción al tiempo que el demandante ha estado afiliado a esa sociedad, indexados y con cargo a sus propios recursos.
ORDENO a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba al momento del traslado declarado ineficaz.
Condeno en costas a Porvenir y a favor del demandante. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a AFP Porvenir, y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: Solicita se revoque la sentencia, pues se viola la prohibición de la ley 797 de 2003 porque se pretenden el traslado cuando le faltan menos de 10 años; no estaba en transición ni tenía más de quince años de aportes. Se viola el principio de estabilidad financiera al sumir Colpensiones estas cargas pensionales. Solicita se tenga en cuenta la reasesoría realizada en 20013 en el cual se le indica la mesada que recibiría en los dos regímenes, siendo mayor en el RPM y el demandante acepto esta situación quedándose en el RAIS. Se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica porque Colpensiones es un tercero que no puede verse perjudicado por un régimen jurídico en el cual no tuvo participación.

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando revocar la sentencia, pues considera que no está de acuerdo con la consideración, pues el demandante sobre la ineficacia no se analizan los presupuestos facticos como son los actos de relacionamiento al haberse trasladado entre varios fondos sin hacer uso de su derecho de retracto, no hace reclamación alguna a Porvenir.
Si la razón que adujo para trasladarse al RAIS era la inminente quiebra del ISS, y al ver que esta se subsano al crearse Colpensiones, tuvo la oportunidad de devolverse al RPM, lo que si hace es trasladarse entre AFP convalidando su voluntad de permanecer en el RAIS. Téngase en cuenta que el demandante tuvo una reasesoría

donde se le explico claramente la situación pensional en los dos regímenes y tuvo la oportunidad de retornar al RPM y no lo hizo, cuando estaba a menos de diez años para llegar a la edad pensional, y si pretende hacerlo ahora cuando ya está inmersa en la prohibición.
Sobre los gastos de administración estos cumplieron con el cometido durante el tiempo que estuvo vinculado con porvenir, como era la debida administración de los aportes produciendo rentabilidad; al ordenar devolverlos no se cumple con el principio legal de las restituciones mutuas. Sobre las primas de seguros previsionales estas primas cubrieron todas las contingencias.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., efectuado por **HUGO DE JESUS ALBA OSTOS** el día 29 de julio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA , y los demás fondos en que estuvo afiliado el demandante, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR SA el 29 de julio de 1995 (f.113 demanda); luego el 29 de septiembre de 2000 a Horizonte por cesión; el 19 de julio de 2001 a Colfondos, y el 3 de octubre de 2011 a Protección (f.247 contestación protección SA).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional

debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: el formulario de afiliación, certificado de egresado, SIAFP, reporte histórico de movimientos, historia laboral. relación de aportes; COLFONDOS; no aportó pruebas; PROTECCION: formulario de vinculación, SIAFP, respuesta a petición, HL para bono pensional, movimiento cuenta de ahorro individual, historia laboral, reasesoría, políticas de vinculación de persona natural, concepto SIF 2015, comunicado de prensa año gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de julio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 29 de julio de 1995, el demandante tenía 545.86 semanas (f.237 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 21 de mayo de 1961 f.52 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por protección SA, el demandante había cotizado 1,788.71 semanas, (f.237contestacion protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR SA

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 29 de julio de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP en las que estuvo afiliado tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede

validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en cuanto a la inconformidad de las apelantes respecto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, ***lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación***

de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. No hay lugar a imposición de costas a Colpensiones, habida cuenta que ninguna responsabilidad le atañe al negocio jurídico que se suscitó con el traslado al fondo privado efectuado por el actor, que se declara ineficaz.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado 32° Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA, fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Hugo de Jesús Alba Ostos
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2019-00635-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1509d1a57262988c0507ab468ac80b5941183b7d13194d94c71058ebabc2d208**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2020-00318-01

Bogotá D.C., mayo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS SA.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante y PORVENIR, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, Y COLFONDOS SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación del RPM al RAIS el 1 de agosto de 1994 a Colfondos por existir vicio del consentimiento, la nulidad del traslado al mismo régimen el 7 de diciembre de 2001 a Porvenir.

Que se declare valido el traslado de régimen efectuado el 13 de septiembre de 2010, el cual se hizo efectivo en el año 2016 y fue invalidado por Colpensiones.
Que se declare nula e ineficaz la continuidad en el RAIS administrado por Porvenir. Se condene a Porvenir a trasladar los aportes, rentabilidad e intereses a Colpensiones; se ordene a Colpensiones activar la afiliación de la demandante.
-Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 9 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de Agosto 5 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación efectuada por **CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS** a través de Colfondos en julio de 1994. Declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo en el RPM.
ORDENAR a la AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación de **CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS** como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, esto es, el capital ahorrado con los rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados.
ORDENAR a Colfondos devolver los gastos de administración indexados a Colpensiones. ORDENO a COLPENSIONES recibir a **CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS** como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros de Porvenir. Declaró no probadas las excepciones y no condeno en costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria parcial del fallo, en cuanto a que valores deben ser retornado, teniendo en cuenta los gastos de administración y la indexación; solicita se tenga en cuenta el artículo 130 de la ley 100/93, que establece respecto a los traslados se debe retornar aportes y rendimientos, y no los gastos de administración, rubro que también se causa en el

RPM. Solicita se aplique la prescripción sobre estos rubros ya que no financian la pensión. No es viable indexar los valores, porque en este momento esas sumas están generando rendimientos que superan cualquier devaluación económica que se presentara sobre el capital.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia en su totalidad, ya que de las pruebas recaudadas no se puede decir que exista omisión o nulidad, o engaño en el traslado. Esto afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, imponiéndole cargas adicionales al RPM.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **CLAUDIA LILIANA OSTOS ROJAS** el día 1 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y COLFONDOS SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 1 de agosto de 1994(f.90 demanda); luego el 7 de diciembre de 2001 se trasladó a AFP PORVENIR SA. (f.40 demanda).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de

2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes

se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, formularios de afiliación, bono pensional, historia para bono pensional, historia laboral, relación de aportes, histórico de movimientos, respuesta a petición, página del Tiempo 2004, respuesta a petición; AFP COLFONDOS SA: SIAFP, y estado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 1 de agosto de 1994, la demandante tenía 255 semanas (f.51 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley

100/93, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 11 diciembre de 1968 f.7 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.199 semanas, (f.140 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede

ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONOS S.A., el 1 de agosto de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que ninguna razón tiene en su argumento de AFP Porvenir apelante que considera que estos gastos estaban reglados en la ley y ya habían cubierto los riesgos protegidos durante la vinculación al RAIS que se declara ineficaz; pues conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. No hay lugar a imposición de costas a Colpensiones, pues no le asiste ninguna responsabilidad en el negocio jurídico de traslado de régimen que se declara ineficaz, y su vinculación al proceso obedece a su condición de ser litisconsorte necesario por mandato legal.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022 por el Juzgado 24 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP COLFONDOS durante el lapso que estuvo vinculada a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente

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





Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Liliana Ostos Rojas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2020-00318-**01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8532679b05c8da42d769162e49e7ae32ac2a18f98673f87e08a26240bc34275e**

Documento generado en 31/05/2023 08:02:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 09-2019-00286-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FRANCISCO JAVIER CASTAÑEDA RIAÑO**
DEMANDADO: **AVIANCA SA**
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOOPAVA
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada AVIANCA SA presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO JAVIER CASTAÑEDA RIAÑO**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **AVIANCA SA y COOPERATIVA DE TRTABAJO ASOCIADO SERVICOOPAVA** con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1) Declarar que entre AVIANCA SA y el demandante existió una relación laboral – contrato realidad a término indefinido desde el 2 de mayo de 2007.

2) Declarar que la vinculación del demandante a AVIANCA SA usó de forma irregular la intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, empresa que a su vez debe responder solidariamente.
3) Declarar que el salario que el demandante debió percibir era el que correspondía a un cargo equivalente de los existentes en la planta de personal de AVIANCA.
4) Declarar que los emolumentos extralegales que el demandante debió percibir eran los que se encuentran contemplados en el plan voluntario de beneficios de AVIANCA.
5) Declarar que al momento de su despido, el 30 de noviembre de 2007, el demandante gozaba de fuero de estabilidad laboral reforzada, conforme al alcance que a tal derecho le ha dado la H. Corte Constitucional.
6) Declarar que las demandadas en la relación que sostuvieron con el demandante actuaron de mala fe.

CONDENAS:

1) Ordenar el reintegro sin solución de continuidad del demandante a la empresa AVIANCA, toda vez que fue despedido estando protegidos por el fuero de estabilidad laboral reforzada y sin la previa autorización del inspector del trabajo.
2) Condenar de manera solidaria a las empresas demandadas a cancelar al demandante la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
3) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta cuando se haga efectivo su reintegro.
4) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante la diferencia salarial que fue dejada de percibir en los extremos temporales del contrato realidad.
5) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar el retroactivo lo correspondiente a la diferencia salarial en la prima proporcional de servicios que fue dejada de percibir.
6) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar el retroactivo lo correspondiente a la diferencia salarial en las vacaciones proporcional de servicios que fue dejada de percibir.
7) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar el retroactivo lo correspondiente a las cesantías que nunca fueron canceladas por SERVICOOPAVA.

8) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar el retroactivo lo correspondiente a los intereses a las cesantías que nunca fueron cancelados por SERVICOOPAVA.
9) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar el retroactivo lo correspondiente a dotación.
10) Condenar a las demandadas de manera solidaria a cancelar al demandante a cancelar la indemnización por la no consignación de cesantías de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
11) Condenar la indexación
12) Costas procesales.

SUBSIDIARIAS:

1) De no prosperar la pretensión declarativa 5, se declare que el despido del demandante se hizo sin justa causa.
2) De no prosperar la pretensión condenatoria 6 a 8, se condene de manera solidaria a las demandadas al pago a favor del actor de la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del CST.
3) De no prosperar las pretensiones condenatorias 6 a 8, se condene de manera solidaria a las demandadas al pago del actor de la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las demandadas **AVIANCA y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO "SERVICOOPAVA"** contestaron la demanda de acuerdo al auto del 17 de enero de 2020, visible a folio 1003, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia 13 de agosto de 2021. **ABSOLVIÓ** a AVIANCA SA y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOOPAVA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente asunto por FRANCISCO JAVIER CASTAÑEDA RIAÑO.

DECLARÓ PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y falta de título y causa en las pretensiones de la demanda, y el Despacho se declaró relevado del

estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva en sus contestaciones.

COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia, con el fin de que sea revocada la decisión y se accedan a las pretensiones de la demanda:

1. **CONTRATO REALIDAD**: Señala que, de conformidad con la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado 25713 del 6 de diciembre de 2006, se indicó que la contratación con cooperativas de trabajo asociado, para la producción de bienes e inclusión de obras o prestación de servicios, es permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas, sin embargo, la celebración de contratos con esas entidades, no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados, en cabeza de quienes quien pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad ostentaron la calidad de trabajadores subordinados, que no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que en realidad persigue la Ley, al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no solo en apariencia. En ese sentido, trayendo igualmente a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dejó en firme la declaratoria de la existencia del contrato realidad con AVIANCA, mientras que declaró como simple intermediario a SERVICOOPAVA, AL4123 de 2014, AL6022 de 2014.

   En ese sentido, se pudo colegir que mediante la documental presentada y la prueba testimonial, que efectivamente el demandante era trabajador de AVIANCA y no de SERVICOOPAVA, teniendo en cuenta que si bien el actor ingresó a laborar inicialmente como trabajador asociado de SERVICOOPAVA, quienes efectivamente le dieron capacitaciones, lo cierto es que una vez pasado el tiempo inicial de capacitación e inducción, el

demandante era trabajador de AVIANCA, situación que en ningún momento se desvirtuó en el marco del desarrollo del proceso.

En otro sentido, se pudo colegir que las capacitaciones que tenía el trabajador Francisco Castañeda en el cargo de auxiliar de asistencia en tierra efectivamente eran desarrolladas por la empresa Avianca, así mismo debe de tenerse en cuenta que estas capacitaciones obedecían a su labor, esto es, eran desarrolladas y citadas exclusivamente por AVIANCA, con lo que acredita el elemento clave que es la subordinación.

Reitera que AVIANCA se valió de SERVICOPAVA para evadir las responsabilidades del contrato laboral con una parte de sus trabajadores, burlando de esta manera el contrato laboral.

Señala que antes del año 2004, el personal en tierra para desempeñar funciones de manejo de equipaje era vinculado mediante SERVICOPAVA o a través de contratos de obra o labor determinada, mediante la empresa temporal SERVICOPAVA, pero de una fecha para acá AVIANCA comenzó a contratar directamente a algunos trabajadores, trayendo a colación la sentencia SL 3209 de 2018.

Por otro lado, señala que el cargo que desempeñó el demandante no era uno misional, sino que era un cargo permanente, y las herramientas de trabajo se las suministraba AVIANCA, y el demandante desempeñaba sus funciones era en la plataforma de AVIANCA, que quienes programaban turnos efectivamente era AVIANCA, teniendo en cuenta que eran ellos quienes tenían el control de los vuelos, por lo que era la única que podía controlar los turnos, lo que quiere decir que el demandante tenía un vínculo concreto con la operación aérea, pues fue a esta a quien le otorgaron las licencias y permisos para desarrollar su objeto social.

Aunado a lo anterior, las ordenes y orientaciones que recibía el demandante, para el ejercicio de sus labores, no eran proferidas directamente por SERVICOPAVA, a pesar de ser aparentemente los líderes.

Así mismo, se tiene que SERVICOPAVA se inscribió como pre cooperativa de trabajo asociado el 3 de junio de 2013, esto es, un mes y medio antes de presentar la oferta a AVIANCA, por lo que resulta cuestionable que la empresa no haya actuado de mala fe, pues continuó beneficiándose del trabajo del demandante, pero sin vincularlo a su planta temporal, bajo la figura de cooperativa, trayendo a colación las sentencia SL6621 de 2017, reiterada en la SL1430 de 2018 y SL6 de 2006 y SL10849 de 2017, donde concluye "*Con base en la valoración de las pruebas y atendiendo la jurisprudencia citada. esta sala considera que no es posible admitir que Avianca hubiera actuado de buena fe ya que no hay pruebas que así lo*

demuestren, por el contrario permiten tener la certeza de que esa empresa utilizó la contratación a través de Servicopava simplemente con la intención de disfrazar la relación laboral existente."

En ese sentido, el personal requerido en toda institución o empresa pública o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculados a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo otra ninguna modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes según su registro de Cámara de Comercio, en ese sentido, dentro del objeto social de Avianca se encuentra lo siguiente, objeto social: La explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas incluidos los servicios postales en todas sus modalidades así como de los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales técnicas y científicas de aviación civil incluyendo servicios aeroportuarios en la página intermedia Avianca la empresa ofrece a otras aerolíneas y entre otros servicios en rampla las cuales, se prestan con el personal vinculado mediante Servicopava atención en rampla, con nuestro equipo de tierra de la más alta tecnología y nuestro personal calificado certificado estamos en la capacidad de brindar el mejor servicio cualquier tipo de nave cabina angosta y cabina ancha, carga y descargué de equipaje, cargue de agua potable y drenaje de baños, cargadores y bandas, comunicación rampa cabina, escalera para desembarque de viajeros, llegada al parque aeronaves, llegada y parque de limpieza, planta eléctrica y traslados y manejo de equipaje en modo de excepción.

En ese sentido, específicamente en el cargo de auxiliar de asistencia en tierra y operaciones terrestres, es permanente y esencial en los servicios de aeropuerto, por tanto, cuando un pasajero compra un tiquete para dirigirse a un destino determinado la aerolínea se compromete a transportarlo junto con su equipaje por ello tanto las labores que realizan los trabajadores para el registro y atención de pasajeros en los módulos del aeropuerto como el registro, seguimiento, carga y descarga de los equipajes son fundamentales para cumplir con el compromiso que establece la empresa con el cliente la cual, determina que tales cargos sean eminentemente misionales dentro del sector, lo anterior también explica que en Avianca en las labores referidas y que hacen parte de los servicios aeroportuarios se encuentran trabajadores vinculados con la intermediación de Servicopava desde 2004 e incluso algunos que venían desempeñándose desde antes en ellos con otras formas de contrato.

De otra parte, según el reglamento aeronáutico Colombiano RAD 160 del aeronáutica civil, toda empresa que establezca servicios de operaciones terrestres conocidos como de escala en aeropuerto debe obtener el permiso de esa entidad y para el caso aquí planteado ese permiso lo tiene Avianca y no Servicopava como el propio representante legal suplente de Servicopava Nicolás González lo reconoce en documento enviado al gerente de operaciones y que se encuentra en las pruebas aportadas; asimismo, la empresa de servicios de escala en el aeropuerto holding menciona, “toda persona jurídica que proyecte establecer servicio de escala en aeropuerto holding para la llegada, permanencia y salida de aeronaves personas cargue y descargue de mercancías o equipajes, así como para el manejo despacho personal de vuelos o el mantenimiento de tránsito y demás facilidades de asistencia requeridas por explotadores de aeronaves nacionales o extranjeras que operen hacia él o desde Colombia deberá solicitar y obtener el correspondiente permiso de funcionamiento”, es por eso que el personal de operaciones terrestres debía aportar el carne de AVIANCA.

En conclusión, el personal con el que AVIANCA presta los servicios de atención en rampa, los cuales son indispensables para cumplir con su objeto social y hacen parte del giro ordinario de sus negocios, son vinculados ilegalmente mediante SERVICOPAVA, el artículo 3 del decreto 2025 de 2011 que reglamentó el artículo 63 de la ley 1429 plantea que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y el tercero que contrate con estas, viola la ley cuando la asociación o vinculación del trabajador asociado a la cooperativa o precooperativa no sea voluntaria, cabe anotar que quienes ingresar a trabajar a AVIANCA como auxiliares de asistencia en tierra, lo hacen mediante un proceso de selección que realiza la aerolínea conocida como semillero, dentro de las pruebas del CD y anexos se encuentran parte del material con el que se realizó la inducción al demandante, este material muestra claramente que el aspirante ingresará a operaciones terrestres de AVIANCA, se le instruye sobre las reglamentaciones establecidas para los diferentes procesos que se realizan en tierra para la atención de las aeronaves de la empresa las cuales, incluyen entre otras señalización para el parque de los aviones en la rampa, el suministro de combustible e insumos, la limpieza y la selección cargue y descargue de equipajes. Nótese como la empresa crea la ilusión de una vinculación directa, en tanto que algunos de los escritores del semillero eran funcionarios de la aerolínea y este expedía la certificación con la nota definitiva que debía ser superior al 90%.

En el literal C del mismo artículo del decreto mencionado señala que la cooperativa o precooperativa viola la ley cuando no tenga la propiedad de autonomía en el uso de los medios de producción ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contratan; en este caso todos los medios de producción con los que el accionante realizó las actividades de la operación aérea en la que se desempeñó era propiedad de Avianca y no dejaban de serlo por algún tipo de anuncio legal, ni las aeronaves, ni los equipos, y la maquinaria en tierra, ni los sistemas con los que se manejan tanto en la operación en general como el sistema de turnos y el control de asistencia son propiedades Servicopava, en cuanto a la ejecución de los procesos y subprocesos es necesario aclarar brevemente que la llamada operación aérea son los vuelos atendidos durante el día cada uno con una hora fija de salida o de llegada, de tal manera que la operación es un conjunto de procesos y subprocesos que se encuentran homologados bajo estándares internacionales certificados por la asociación de transporte aéreo internacional, qué realizan sincronizadamente y bajo estrictos protocolos de seguridad, por lo que resulta lógico que el control interno de la operación lo realice AVIANCA, mediante una organización totalmente vertical en la cual no cabe una cooperativa de trabajo asociado cuyas características son la autonomía. En este sentido, se tiene también que tener en cuenta que tal que como lo expresa la sentencia de primera instancia ha sido desvirtuado inclusive en el marco del proceso porque lo que efectivamente se puede desvirtuar es que esta oferta mercantil realmente disfraza un contrato realidad que como bien lo menciona el despacho de primera instancia, el principio tiene 3 aspectos fundamentales que logramos evidenciar es decir, primero existe la prestación del servicio y existe la prestación de servicio no de carácter temporal sino de carácter misional es decir, ellos no ejercían sus labores un día sí y un día no, mucho menos autónomamente, incluso dependían también de la operación aérea que tiene un control específico por la aerolínea Avianca,

En este sentido el literal e de la ley anteriormente mencionada establece que se viola la ley cuando la cooperativa y pre cooperativa no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria; entonces si bien Servicopava era la que realizaba los procesos disciplinarios y esto fue mencionado por el despacho de primera instancia, la mayoría de las veces estos estaban relacionados por incumplimiento por el trabajador, es así que de la tupida reglamentación establecida por Avianca para el cumplimiento de la operación aérea, en el caso que nos ocupa, el despido del accionante se produjo por una supuesta reestructuración a fin de ejecutar cabalmente la oferta mercantil firmada con la empresa cliente, es decir, que como lo

dice la sentencia T-111 ya citada, la posibilidad de que Servicopava le sostuviera el puesto de labor a sus supuestos asociados, no era una decisión autónoma sino que dependía de las determinaciones de Avianca.
En el presente caso, las resoluciones mediante las cuales se decretó el retiro del demandante no existe, éste se justifica con generalidades sin ninguna causa concreta, aunque mirado en conjunto los hechos, la reestructuración fue la necesidad de Avianca de preparar un proceso de formalización con un despido masivo de cientos de trabajadores.
Al seguir mirando las prácticas laborales de Avianca, a la luz de las prohibiciones establecidas por el artículo 3 del decreto 2025, encuentra que en el literal F plantea sanciones cuando las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo modo y lugar no sean impartidas por la cooperativa o precooperativa, ya ha explicado como la operación aérea demanda una estructura totalmente centralizada para su realización en circunstancias de tiempo modo y lugar Avianca cuenta con un área llamada home-control cuyo objetivo es garantizar los servicios de operaciones terrestres, de forma efectiva en tiempo seguridad y calidad de acuerdo de ciertos requisitos establecidos por la organización para el cumplimiento del itinerario de una aeronave, para lograr la satisfacción de los clientes y el cumplimiento del itinerario para lo cual se programa la utilización del recurso humano y de los equipos terrestres.
Por último, señala que para la optimización del recurso humano Avianca se vale de herramientas tecnológicas como la plataforma que usó durante un tiempo para la programación de los turnos y que posteriormente reemplazo por la herramienta evolution, cuyos detalles de manejo paso a paso están en el instructivo YNN 050703, instructivo de procedimientos de operaciones terrestres que se encuentran en la base documental, este documento no deja duda alguna de que es Avianca la que dispone totalmente de personal y que en ese sentido la autonomía y la autogestión de Servicopava son absolutamente nulas, por ejemplo se describe como se toma información sobre novedades registradas por el personal en la página de Servicopava para ser tenidas en cuenta en la programación y se detalla cómo se instala los turnos nuevamente a labor de Servicopava para que sean consultados por los operativos. De otra parte, en el boletín que se anexan en las pruebas, se muestra cómo se engranaba Servicopava y Avianca en una estructura vertical en las que los líderes son los encargados de recibir las órdenes provenientes de los que son de Avianca, mediante los líderes de Servicopava como surgir la acción en la que se encuentran los supuestos cooperados frente Avianca, en las descripciones del cargo puesto que se

anexan se puede apreciar perfectamente esa cadena de subordinación, pues los líderes se encuentran subordinados al jefe del terminal y este a su vez al jefe de turno y al jefe de aseguramiento de la calidad y a todos ellos al gerente de operaciones terrestres y al director del aeropuerto, en el literal G, señala que son prácticas contrarias al cooperativismo cuando los trabajadores asociados no participen en la toma decisiones ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o precooperativas, igualmente en el artículo 4, en el numeral 4 del artículo 77 de la ley 1273 del 2008 menciona la potestad reglamentaria y disciplinaria y en el artículo 4 del decreto 2025 donde argumenta cuando se establezca una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado ha incurrido en intermediación laboral o en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior se interpondrá sanciones consistentes en hasta más de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a través de las direcciones territoriales del Ministerio de protección social de conformidad con lo previsto.

2. **ACERVO PROBATORIO**: Indica que no cabe duda que, con la prueba testimonial y el interrogatorio de parte de AVIANCA, se acredita que para la ejecución de las funciones del demandante las herramientas eran de AVIANCA. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la capacitación e inducción se realizó previamente con instrucciones de AVIANCA, al igual que la programación de turnos, dan cuenta que existió una relación laboral directa entre el demandante AVIANCA, pues orientaba toda la operación y que obviamente los auxiliares de operaciones terrestres ejercían sus funciones a partir de esas orientaciones, pues lo meramente administrativo, como el pago del salario si estaba a cargo de SERVICOPAVA; por lo que con la persistente e ilegal forma de contratación Avianca y Servicopava han desconocidos los derechos laborales derivados de un contrato de esta naturaleza y sus características impidiéndoles a la vez tener acceso a las prerrogativas y garantía de que gozan los trabajadores vinculados directamente a la compañía aérea, con cargos y funciones similares con lo que se transgrede el derecho a la igualdad de rango constitucional que se expresa como principio del derecho al trabajo igual, salario igual.

3. **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**: Finalmente, señala que no se tuvieron en cuenta algunas de las pretensiones incoadas, como es el caso de la estabilidad laboral reforzada del señor Francisco Javier Castañeda Riaño y que evidentemente no fueron mencionadas en la sentencia de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que, en el fallo de primer

grado si se tocaron algunos puntos sobre los hechos relacionados con la existencia de la estabilidad laboral reforzada del señor Francisco Castañeda, pues se indicó sobre el accidente laboral ocurrido el 28 de febrero del 2017 que fue cuando la ARL emitió recomendaciones médicas al demandante por dos meses, situación ampliamente conocida por las demandadas, por lo que solicita se estudie a profundidad las pretensiones que se invocaron de manera principal y subsidiaria.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**:** Si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la compañía AVIANCA S.A., Así mismo, se estudiara lo relacionado con la procedencia de las peticiones de reintegro, por gozar de estabilidad laboral reforzada.

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

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

> *"En efecto**,** como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de*

> *toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."*

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

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

Adicionalmente, el artículo 5º de la citada ley, prevé que las cooperativas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. En las Cooperativas de Trabajo Asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo de previsión, seguridad social y compensación, es el establecido en los estatutos y reglamentos, en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, razón que a su vez justifica que las diferencias que surjan se sometan al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en cuenta para ambos casos, las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Así mismo, en relación con las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se reconocen con base a la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado. El objeto social de estas cooperativas es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. Además, la Cooperativa de Trabajo Asociado debe ostentar la

condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

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

Atendiendo las precisiones realizadas y al aplicarlos al asunto de marras, encontramos según el material probatorio incorporado al plenario, certificación expedida por Servicopava que data del 4 de diciembre de 2017, mediante el cual indica que, el actor desarrollo sus labores asociativas en dicha cooperativa desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de conductor. Carnet del demandante con el logotipo de AVIANCA.

Comunicación del 27 de noviembre de 2017, mediante el cual Servicopava le informa al demandante su decisión del retiro de las labores que venía desempeñando en la Cooperativa, lo que conllevó a dar fin a su calidad de trabajador asociado activo a partir de la culminación de la labor del día 30 de noviembre de 2017.

solicitud de afiliación del accionante a Servicopava de fecha 12 de noviembre de 2010 (fl. 797), con su correspondiente aceptación por parte de esta última (fl. 798); convenio de asociación, en virtud del cual “SERVICOPAVA vincula el trabajo personal del demandante, en calidad de asociado.

Se incorporó la “*Oferta Mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos*” presentada por Servicopava ante Avianca S.A. el 5 de febrero de 2009 (fls. 234 a 246), la cual tenía por objeto: “*PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a EL DESTINATARIO DE LA OFERTA los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el Anexo No. 1 “Detalle de procesos, posiciones y valores”, a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE, a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A*.” Se

aportó Anexo No. 1 a la oferta mercantil de venta de servicios presentada por la precooperativa de trabajo asociado “Servicopava” a la empresa Avianca.

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

También se aportó CONTRATO DE COMODATO PRECARIO No. 12605021 CELEBRADO ENTRE la COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA Y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. AVIANCA”, por medio del cual Avianca S.A. entrega a Servicopava bienes a título de comodato precario o préstamo de uso, los bienes muebles debidamente identificados en el inventario adjunto (Anexo No. 1) (fls. 494 a 497).

Así mismo OTROS SI No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al CONTRATO DE COMODATO PRECARIO No. 12605021 CELEBRADO ENTRE la COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA Y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. AVIANCA “*para satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de los servicios”* (fls. 498 a 792).

Igualmente, se allegaron los estatutos de Servicopava (fls. 398 a 450), así como el certificado de existencia y representación legal de la mencionada Cooperativa (fl 391 a 396), medios probatorios de los cuales se colige que la accionada, tiene como objeto social asociar personas naturales, que contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportante directos de su capacidad de trabajo, también a generar y mantener trabajo para sus asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno, así como velar por el desarrollo y prosperidad económica y social de todos los asociados, mediante la prestación de servicios, en las siguientes actividades socioeconómicas: servicios aeroportuarios, operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, atención y/o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y/o carga en rampa, manejo logístico y venta de pasajes y servicios aéreos, terrestres, fluviales y marítimos, servicio de aseo, y mantenimiento de automotores, entre otras.

Por otra parte, se escuchó la declaración del representante legal de Servicopava, quien afirmó que el actor prestó sus servicios asociativos a esa CTA y su labor la desarrolló en el aeropuerto, que SERVICOPAVA, era la que pagaba las compensaciones al actor y vigilaba la actividad desempeñada y que además el demandante gozaba de unos beneficios que otorgaba AVIANCA, en virtud de un contrato comercial suscrito con esta compañía

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

Mientras el demandante en su interrogatorio, preciso que firmó un convenio cooperativo con la CTA demandada, entidad que le pago sus compensaciones, seguridad social y comisiones. Fue, además la entidad que le concedió sus vacaciones y permisos. Adujo, que suponía que la compañía encargada de la entrega de dotaciones era AVIANCA, porque se realizaba en el aeropuerto: "*Bueno su señoría, yo recibía de parte yo creería que, de parte de Avianca, porque era primero que todo fue en el mismo TPA, Puente Aéreo, donde todos todos recibíamos todos, la dotación ahí, luego pues pasaron para Fontibón, pues íbamos todos, se suponía que ahí entraba los que estaban directo con Avianca y se suponía que también nosotros los de Servicopava*"

Seguidamente, se recibió el testimonio de **MERYEING YANCETH AMADO OROZCO** quien es abogada y trabajadora social de la cooperativa desde el 27 de octubre de 2014, indicó que los trabajadores de Avianca no intervenían en el proceso disciplinario, que las funciones de los trabajadores cooperados estaban estandarizadas por la cooperativa y las órdenes eran impartidas por los coordinadores o la gerencia general de la cooperativa los líderes, asimismo señaló que los llamados de atención verbales los efectuaba el líder quien impartía acciones de mejoramiento a través de la comunicación y que posteriormente había un comité disciplinario que analizada si había descargos o mejoramiento; igualmente afirmó que ello era adelantado en la oficina de Servicopava en el aeropuerto y era el abogado de Servicopava quien efectuaba las citaciones.

De igual forma, se recibió el testimonio del señor **JUAN PABLO ARBELÁEZ ARANGO**, quien se desempeñaba como gerente de operaciones terrestres para Avianca desde el año 2012 y desde 2007 a 2012 fue trabajador cooperado como analista en el área de soporte al cliente, coincide en señalar que Avianca no intervenía en las sanciones disciplinarias impuestas a los trabajadores

cooperados, que Servicopava tenía un departamento para ello, así mismo indicó que los permisos requeridos por los trabajadores se han solicitado a través del departamento administrativo de Servicopava y qué Avianca no tenía ningún vínculo con los auxiliares de operaciones terrestres ni intervenía en la asignación de turnos y las funciones se coordinaban a través de la gerencia de Servicopava.

Por otro lado ,se recibió el testimonio del señor **LUIS EDUARDO CASALLAS CASTAÑEDA** quien indicó que para la asignación de los turnos tenía que dirigirse a la gerencia de operaciones terrestres con Álvaro Guerrero, quien era funcionario de Avianca y a quien también se le solicitaban permisos para las citas médicas y demás, que le ayudó a poner varias carteleras sobre turnos, indicó que no le constaba qué tipo de contrato tenía esta persona pero sabía que pertenecía a la gerencia de operaciones terrestres de Avianca por el carnet. Sin embargo, él mismo indicó que los carnets eran iguales, situación que fue confirmada por el demandante y los representantes legales de Avianca y Servicopava, quienes señalaron que los carnets de los trabajadores cooperados tenían el logo de Avianca en el adverso y en el reverso decían que eran de Servicopava.

Ahora, el testigo **GERMÁN ALONSO BARRERA HERNÁNDEZ**, quien informó ser compañero de trabajo del actor del 2010 hasta el 30 de noviembre de 2017 señaló que siempre estuvieron subordinados por el personal de Avianca, que Javier Alarcón era el que organizaba los turnos, pero las comunicaciones se efectuaban a través de los jefes de operaciones terrestres y que le constaba que era personal de Avinca por el carnet. Coincide con lo manifestado con el testigo CASALLAS CASTAÑEDA, quien indicó que el carnet era casi igual y la diferencia era una anotación en el reverso que decía que pertenecían a Servicopava, e indicó que era el líder de operaciones terrestres trabajador asociado de Servicopava, y era el que estaba pendiente de los auxiliares en tierra para guiarlos e instruirlos y hacer el seguimiento a las labores, asimismo señaló que si bien Avianca tomaba los descargos, las sanciones eran ejecutadas por Servicopava afirmación que se contraponen parcialmente a lo señalado por la testigo Juan Pablo Arbeláez, quine manifestó que Avianca no intervenía en los procesos disciplinarios de Servicopava.

En este orden de ideas, del material probatorio reseñado precedentemente, permite concluir que entre el demandante y la sociedad Avianca S.A. no existió una relación de trabajo subordinado, ya que la prestación del servicio como “auxiliar de operaciones terrestres” se dio en virtud “AL CONTRATO SURGIDO DE LA ACEPTACIÓN POR PARTE DE AVIANCA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS No. A-003000000-565AV DE LA OFERTA

MERCANTIL EMITIDA POR LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA DE FECHA 05 DE FEBRERO DE 2009", suscrito entre Avianca S.A. y Servicopava, de quien tenía la calidad de trabajador asociado, presupuesto que a todas luces permiten concluir que al evidenciarse la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la cooperativa accionada, en instalaciones de AVIANCA, en virtud de la oferta mercantil, no se configuró la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T., a favor de esta última entidad.

Aunado a que, el actor pretendió derivar esa prestación personal del servicio a favor de AVIANCA de la entrega de dotaciones, pues nótese que así se logra evidenciar de las pruebas documentales que allegó, así como de la declaración del único testigo requerido por dicha parte, acervo que no alcanza a materializar el requisito en mención, ya que el hecho de que los elementos de trabajo, tuvieran el membrete de la aerolínea demandada, no daban cuenta de ello.

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

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

Ahora, respecto del reintegro solicitado en la demanda, con ocasión a que fue despedido gozando de estabilidad laboral reforzada, se considera que este

requerimiento eventualmente tendría vocación de prosperidad, siempre que se declarará la existencia de un contrato de trabajo con AVIANCA, respecto de la cual se pretende sea reintegrado, pues así se logra determinar de los hechos y pretensiones descritos en la demanda, empero como quiera que no salió avante, no es posible acceder a ello, ya que al no probarse la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de AVIANCA S.A., no se puede derivar un despido por parte de esta compañía, como tampoco un reintegro.

Ahora, si lo pretendido es que la orden de reintegro se le imparta a la COOPERATIVA SERVICOPAVA, lo cierto es, que los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, se requería: **1**. Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%,** b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo".

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL058 de 2021 y SL 572 de 2021, preciso:

> *"En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás a adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa. En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró: En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte: No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso. Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001. Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas,*

sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).”

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye *«doctrina legal probable»* que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

Conforme a lo anterior, se evidencia que para la fecha en que fue terminado el convenio de asociación, mas no el contrato de trabajo, por parte de la cooperativa, lo que ocurrió el 30 de noviembre de 2017 (fl. 131), el demandante no contaba con una pérdida de la capacidad laboral, sumado a que si bien fue dictaminado por la ARL AXA COLPATRIA el 30 de agosto de 2017, con una pérdida del **0%** (fl. 922), sin que se pueda pretender que gozaba de estabilidad laboral reforzada para la fecha de terminación de la relación laboral.

En consecuencia, no se presentó ese nexo de causalidad entre el motivo de la desvinculación y las patologías del trabajador asociado, máxime cuando los accidentes de trabajo que se mencionan en la demanda no han sido calificados, por lo que no hay lugar emitir condena en contra de SERVICOPAVA, por reintegro y demás suplicas que de esta se derivan.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

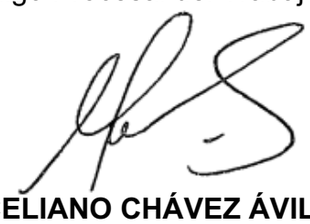
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: 09-2019-00286-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 019-2013-00238-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ**
DEMANDADOS: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**
VÍCTOR HUGO TRUJILLO
SANDRA HERNÁNDEZ GUEVARA
LISIMACO HUMBERTO GÓMEZ ADAIME
DORA ANGÉLICA VARGAS RUÍZ
COLMENA SEGUROS S.A.
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el *grado jurisdiccional de consulta* concedido a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Parte demandada –COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.- presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 17 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, VÍCTOR HUGO TRUJILLO, SANDRA HERNÁNDEZ GUEVARA, LISIMACO HUMBERTO GÓMEZ ADAIME, DORA ANGÉLICA VARGAS RUÍZ y COLMENA SEGUROS S.A.** debidamente sustentada como aparece a folios 4 a 11 del expediente (Documento01), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que la patología “SINDROME DE MAGUITO ROTATORIO BILATERAL” es de ORIGEN PROFESIONAL, pues guarda relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estaba expuesto mi poderdante como trabajador al servicio de la Empresa DRUMMOND LTD.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** solidariamente a los miembros y secretario (a) de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – Sala de Decisión No. 3 a revocar el Dictamen No. 5055238 del 6 de septiembre de 2012 en relación con el origen de la patología.
2. **CONDENAR** solidariamente a los miembros y secretario (a) de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – Sala de Decisión No. 3 al pago de los daños y perjuicios ocasionados a mi poderdante.
3. **CONDENAR** a la ARP COLMENA a reconocer y pagar a favor de mi poderdante las prestaciones económicas surgidas de la enfermedad profesional que sufre y de las secuelas de la misma.
4. **CONDENAR** en costas y agencias en derecho a los demandados.
5. **CONDENAR** a los demandados a pagar todo aquello que resulte probado en el proceso ultra y extra petita de acuerdo con las facultades que le asisten al juez laboral.

CONTESTACION DEMANDA

VÍCTOR HUGO TRUJILLO, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que la decisión que se adoptó en el dictamen se encuentra conforme a las normas que regulan el proceso de calificación y con fundamento en las guías técnicas pertinentes y el conocimiento e idoneidad de los miembros que lo profirieron. Propuso las excepciones de inexistencia de obligación: delimitación del pronunciamiento en última instancia por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad, carencia de fundamento legal, técnico, médico y científico, buena fe y la genérica (folio 113 a 120 del expediente, documento01).

COLMENA SEGUROS S.A., también contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que carecen de sustento fáctico y jurídico en razón a que el dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fue proferido dentro del marco de la legalidad y por

tanto tiene fuerza vinculante para las partes. Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa, prescripción y compensación (folios 133 a 142 del expediente, documento01).

De igual forma, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ,** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmado que el dictamen fue proferido conforme las nomas que lo regulan, precisando que, en todo caso, que corresponde al Juez determinar la validez de este, conforme las facultades de las cuales se encuentra revestido a fin de dirimir el conflicto en cuestión. Propuso las excepciones de legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación, falta de legitimación por pasiva: inexistencia de obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende, falta de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, falta de legitimación por pasiva, buena fe y la genérica (folio 219 a 235, expediente digital).

El Juzgado de origen, a través del auto emitido el 18 de septiembre de 2014 y el 4 de febrero de 2015, admitió los escritos de contestación presentados por **VÍCTOR HUGO TRUJILLO, COLMENA SEGUROS S.A.** y la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (folio 185 a 186 y 283, respectivamente).

Así mismo, mediante auto emitido el 14 de enero de 2015, dio por no contestada la demanda por parte de **SANDRA HERNÁNDEZ GUEVARA, LISIMACO HUMBERTO GÓMEZ ADAIME y DORA ANGÉLICA VARGAS RUÍZ** (folio 211).

Finalmente, a través de auto emitido el 12 de enero de 2018, el Juzgado de origen, ordenó la acumulación del asunto con el proceso No. 2016-00564 llevado por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá interpuesto por **ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y COLMENA SEGUROS S.A.** (folio 376 a 377), en donde las pretensiones de la demanda corresponden a las presentadas en la demanda principal.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** profirió sentencia el 22 de octubre de 2021, en el siguiente sentido:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a los demandados* **VÍCTOR HUGO TRUJILLO, SANDRA HERNÁNDEZ GUEVARA, LISIMACO HUMBERTO GÓMEZ ADAIME y DORA ANGÉLICA VARGAS RUÍZ** como personas naturales y miembros de la Junta Nacional de

Calificación de Invalidez, a la **ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES COLMENA** hoy **COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA** y a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INAVLIDEZ** de la totalidad de pretensiones interpuestas por el señor **ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ** identificado con C.C. N° 5055238, de acuerdo a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR *probadas las excepciones de, inexistencia de obligación, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen propuestas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y no probadas las demás, conforme a lo expuesto en la presente decisión.*

TERCERO: SIN COSTAS *en esta instancia.*

CUARTO: REMITIR *el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante* ***ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ,*** *en caso de que la presente decisión no sea impugnada."*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la parte demandante, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de consulta* a favor de ésta con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado, la Sala examinara si hay lugar a dejar sin efectos el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En caso afirmativo se habrá de estudiar la procedencia o no de daños, perjuicios y prestaciones económicas a que hubiere lugar.

En esta instancia se encuentra probado que en primera oportunidad la **NUEVA EPS**, calificó la patología denominada "*LESIÓN MANGUITO ROTADOR IZQUIERDO",* como enfermedad profesional, mediante dictamen del 24 de mayo de 2011, que posteriormente en dictamen del 20 de enero de 2012, calificó las patologías denominadas "SINDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO, EPICONDILITIS LATERAL DERECHA, SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPO BILATERAL y HERNIA DISCAL CERVICAL", como enfermedad profesional, que la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ATLÁNTICO**, al estudiar las inconformidades presentadas por la asegurada concluyó en dictamen No. 12286 del 17 de febrero de 2012, el origen de la patología "SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL", como enfermedad común, en tanto la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en dictamen 5055238 del 6 de septiembre de 2012 confirmo el dictamen No. 12286

del 17 de febrero de 2012 (folio 48 a 52, 53 a 55, 57 a 60 y 61 a 64, documento01).

Ahora, para resolver el cuestionamiento planteado en el presente asunto, en primer lugar, se precisa que el Decreto 1295 de 1994 en su artículo 11, definió inicialmente que se debía entender por enfermedad profesional. Sin embargo, en la sentencia C-1155 de 2008, la Corte consideró que el Gobierno había excedido las competencias extraordinarias conferidas por el legislador "*para organizar la administración"* del sistema previsto en el artículo 139, numeral 11 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la declaró inexequible, empero la Corte dejo "*establecido que de acuerdo con su línea jurisprudencial, debe revivir el ordenamiento jurídico anterior con sus modificaciones, esto es en relación al concepto de enfermedad profesional. Así las cosas, la presente declaración de inexequibilidad revive el artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo."*

Al remitirnos al artículo 200 del C.S.T, podemos establecer que la enfermedad profesional, es: "*todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos."*

Así mismo, y dado que el asunto versa sobre el origen de la enfermedad, encontramos el Decreto 2463 de 2001, que el Art. 9, al respecto, indica: *"ARTÍCULO 9o. FUNDAMENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ORIGEN Y GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. 1. Los fundamentos de hecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio. 2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate."*

Con base a lo anterior, y dado que el demandante aduce que la enfermedad que padece debe catalogarse como de origen profesional, entre tanto las entidades demandadas consideran que no se le debe dar dicha connotación, pasa a resolverse el problema jurídico planteado.

Para resolver este asunto, en primer lugar, ha de recordarse que el artículo 61 del C.P.T y S.S., establece que los jueces de instancia gozan de la libertad de apreciar libremente los medios probatorios, a fin de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decretando y practicando para ello, las pruebas que lo induzcan a hallar la verdad.

La Sala de Casación Laboral en sentencias SL3992-2019, CSJ SL2984-2020 y CSJ SL513-2021, preciso que el juez debe apoyar su decisión en los dictámenes obrantes en el proceso, con observancia de su contenido informativo y técnico, empero que ese dictamen no constituye prueba definitiva e incuestionable en el marco del proceso ordinario, y en virtud de las facultades de libre formación del convencimiento y valoración autónoma de la prueba, puede requerir a otra entidad especializada para resolver el conflicto:

> *"Esta sala de la Corte ha resaltado la importancia intrínseca que tienen esos dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador y por su deber de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y demás observaciones diagnósticas relativas al estado de salud del paciente. Por ello, ha dicho que, en principio, el juez del trabajo está obligado a observarlos y respetarlos, en el marco de sus facultades de valoración probatoria. Sin embargo, al mismo tiempo, por la diversidad de factores que confluyen a la determinación de la realidad de la salud del paciente y la evolución de su capacidad laboral, la Sala ha determinado que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable en el marco del proceso ordinario, ni muchos menos una prueba de carácter ad substantiam actus. Contrario a ello, ha destacado esta corporación, en múltiples oportunidades, que dichas experticias constituyen una prueba más del proceso que el juez puede valorar de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento."*

En este orden de ideas, tenemos que al analizar el escrito inicial se evidencia que la parte actora solicita se deje sin efecto el Dictamen No 5055238 del 6 de septiembre de 2012, al enunciar que para el año de 1995, fecha en que ingreso a laborar para DRUMMOND LTDA no presentaba patología alguna de origen osteomuscular o musculo tendinosa, sino que éstas aparecieron a partir del año 2000, conforme indica se puede verificar de los diagnósticos emitidos por la EPS, en razón del riesgo ocupacional de su labor y dado que no padece

enfermedad alguna de tipo hormonal inflamatoria crónica o autoinmune que pueda explicar la aparición de la patología (folio 7 a 10, documento01).

Ahora al estudiar el dictamen No. 5055238 del 6 de septiembre de 2012, rendido por la Dra. **SANDRA HERNÁNDEZ GUEVARA (Médica), LISIMACO HUMBERTO GÓMEZ ADAIME (Médico), DORA ANGÉLICA VARGAS RUÍZ (Terapeuta Ocupacional) y VÍCTOR HUGO TRUJILLO (Abogado)**, se observa que, frente a la patología, denominada: "SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO", esta fue calificada como una enfermedad de origen común, teniendo en cuenta para ello, la historia clínica del paciente y el informe del puesto de trabajo.

Sin embargo, la Juez de conocimiento a efectos de formar su convencimiento respecto de los hechos objeto de controversia, decidió oficiar a la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca, para que dicha entidad examinara y determinara: "*la existencia del panorama de factores de riesgo, buscando establecer el origen de la enfermedad sufrida por el demandante"* (folios 284 a 286 y 300 del documento01).

En atención al mencionado requerimiento la Junta Regional, procedió a emitir el Dictamen No. 5055238 del 21 de junio de 2017, a través de los Doctores **JORGE HUMBERTO MEJÍA ALFARO (Médico), CLARA VILLABONA (Médica) y GLORIA STELLA ESTRADA (Psicóloga)**, calificando la patología "SINDROME DE MANGUITO ROTADOR", como una enfermedad de origen común, con fundamento en la en la Historia Clínica, consistente en la resonancia magnética de julio de 2008 y las citas de ortopedia de efectuadas entre septiembre de 2008 a abril de 2012, el análisis de puesto de trabajo elaborado por DRUMMOND LTDA el 8 de febrero de 2011 y las normas establecidas entre otras, en el Decreto 1295 de 1994 y el Decreto 2463 de 2001, (folios 393 a 401, documento01), así:

> *"Paciente de 62 años de edad, con cuadro clínico que inicia en el 2007, según lo registrado en historia clínica, consistente en dolor y limitación funcional en hombro izquierdo. RM de hombro izquierdo de julio de 2008 muestra artrosis acromioclavicular que genera pinzamiento subacromial, lo que condiciona bursitis subacromiosubdeltoidea y severa tendinosis del supraespinoso, con ruptura intrasustancia y probable ruptura parcial de la superficie bursal, tenosinovitis bicipital. Recibió manejo con terapia física y analgésicos. En el 2011, registra ortopedia que el paciente presenta dolor en ambos hombros con limitación funcional. Registra radiografía de hombro derecho que muestra leve artrosis acromioclavicular. Continuo manejo medico sin referir control sintomático.*
>
> *Se revisa estudio de puesto de trabajo tipo, elaborado en la empresa Drummond Ltda. al cargo de operador de maquinaria pesada. Se encuentra que las tareas que se realizan para operar estos equipos no generan carga ergonómica sobre MsSs ni columna vertebral, dado que no se adoptan posturas mantenidas ni prolongadas por fuera de*

ángulos de confort, no se registra requerimiento de fuerza muscular ni se manipulan cargas por encima de limites permisibles. Además, las tareas no generan movimientos repetitivos de alta concentración (los ciclos de trabajo son superiores un minuto). Por lo anterior, teniendo en cuenta lo estipulado en la GATISO HD y guía técnica para el análisis de exposición a factores de riesgo ocupacional, se determine que la labor de operador de maquinaria no genera riesgo ergonómico para establecer fuerte nexo causal entre la labor y la patología de hombros. además, el trabajador presenta alteraciones articulares de características degenerativas en varios segmentos corporales (hombros, columna vertebral, rodillas), lo que permite establecer una condición individual, osteoartrosis primarla generalizada, la cual predispone la presencia de alteraciones musculoligamentarias y explica la persistencia y progresión de la sintomatología referida por el trabajador, pese a estar reubicado en tareas con menor riesgo ergonómico como el mismo lo informa en la valoración realizada por la JRCI."

Adicionalmente la médico CLARA MARCELA VILLABONA, integrante de la Junta Regional, y quien hizo parte de la sala que profirió el anterior dictamen, expresó en el interrogatorio que absolvió ante el Juzgado de Primera instancia, en audiencia celebrada el 22 de julio de 2021, que la enfermedad que padece el señor **ALBERTO RAFAEL IBÁÑEZ DE LA HOZ**, denominada "MANGUITO ROTADOR BILATERAL, frente al origen de la misma, precisó que se calificó, teniendo en cuenta la historia clínica aportada, la valoración médica y psicológica que se le realizó al señor Ibáñez de la Hoz el 19 de mayo de 2017, precisó, que el actor era un paciente de 62 años con un cuadro que inicia en el año 2007, consistente en dolor de hombro izquierdo, ante el cual, recibió un manejo médico, que en el 2011 por parte de ortopedia registra dolor ya en ambos hombros, de los estudios imagenológicos señaló, que se encontró con compromiso el tendón del manguito rotador y se elaboró el estudio del puesto de trabajo efectuado por su empleador, en donde se indicó que el actor era operador de maquinaria pesada y que las tareas allí realizadas no generaban riesgos dado que no adopta posturas mantenidas o prolongadas por fuera del ángulo de confort para los hombros que estén asociados como movimientos repetitivos, requerimientos de fuerza o manipulación de carga.

Igualmente, la especialista, enunció que el demandante tiene procesos degenerativos que pueden explicar los desgastes en el tendón del manguito por lo cual, se determina que es una enfermedad común.

La mencionada profesional, arribo a la conclusión que no existían factores de riesgo asociado, consideración que también fue adoptada por la Junta Regional de Calificación, sin que dentro del plenario obre prueba diferente de la cual se logre establecer la relación causa-efecto, para de esta forma variar o modificar el dictamen proferido por la entidad demandada, y como quiera que se trata de

dictámenes emitidos por personal especializado, los mismos son acogidos por esta Sala.

Con base a lo anterior, se concluye que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación, pues este se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la enfermedad diagnosticada, y en los análisis realizados por los médicos tratantes, puesto de trabajo e historia clínica.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Costas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

19-2013-00238-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 039-2021-00238-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **BLANCA INÉS APONTE PATIÑO**
DEMANDADO : **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACION (Demandada)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 8 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada SONIA LORENA RIVEROS VALDÉS, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.105.681.100 del Espinal y Tarjeta Profesional No. 255.514 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, conforme poder allegado vía correo electrónico el 04 de octubre de 2022.

La apoderada sustituta de la parte pasiva, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA INÉS APONTE PATIÑO** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece a folios 1 (Carpeta01 - Documento02), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Se declare que, el (la) demandante BLANCA INES APONTE PATIÑO, tiene pleno derecho a que COLPENSIONES, LE RECONOZCA EL DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA, por haber cumplido los requisitos exigidos en el Art 37 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS:

2. Condenar a COLPENSIONES, a liquidar y pagar la INDEMNIZACION SUSTITUTIVA, teniendo en cuenta la totalidad de los aportes realizados en favor del demandante.
3. Que se condene a COLPENSIONES al pago de la indexación por las sumas de dinero que se han dejado de pagar, por la INDEMNIZACION SUSTITUTIVA.
4. Condenar a COLPENSIONES, a pagar la INDEMNIZACION SUSTITUTIVA al demandante, con los respectivos intereses que se han causado, desde el momento de la solicitud del pago de dicha prestación.
5. Se condene en costas y Agencias en derecho a COLPENSIONES
6. Los demás derechos, que resulten a favor del demandante, en razón a los principios ultra y extra petita.

COLPENSIONES contestó la demanda (Carpeta09 – Documento02), de acuerdo al auto de data 19 de mayo de 2022, visible en documento 012, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que a la accionante, se le reconoció pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por sus servicios prestados como Docente, encontrándose inmersa en la incompatibilidad de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, el cual prohíbe a las personas recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (folios 9-12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** profirió sentencia el 8 de septiembre de 2022, en el siguiente sentido:

> "**PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a liquidar y pagar a favor de BLANCA INÉS APONTE PATIÑO, la indemnización sustitutiva, debidamente indexada al momento de su pago efectivo, por los periodos cotizados entre el 04 de febrero de 1976 y el 30 de noviembre de 1979, conforme el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y bajo los parámetros del artículo 3 del Decreto 1730 de 2003. La indexación se debe cancelar desde el 27 de junio de 2019.
>
> **SEGUNDO: DENEGAR** el reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.
>
> **TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en favor de la demandante. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de **$800.000** como agencias en derecho.
>
> **CUARTO: CONSÚLTESE** la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**."

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recuro de apelación:

> **COSTAS**: Solicita revisar la condena impuesta por concepto de costas procesales, como quiera que el actuar de Colpensiones esta sujeta estrictamente a la ley por lo que no hay lugar a condena en costas.

No obstante la interposicion del recurso de apelación, en atención a que la sentencia fue adversa a la demandada, la Sala avocará su conocimiento en el *Grado Jurisdiccional de Consulta*, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

STATUS DE PENSIONADA:

No fue objeto de discusión que mediante resolución No. 3983 del 05 de octubre del 2006 la Secretaría de Educación Distrital reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor de la demandante, por haber prestado sus servicios desde el 03 de febrero de 1976 al 16 de enero de 2006, en cuantía de $1.384.493,00 a partir del 17 de enero de 2006 (Carpeta01 – Documento05), concluyendo en primera medida que la demandante efectivamente es beneficiaria de ese régimen exceptuado o excepcional de los docentes del sistema oficial colombiano.

Igualmente, vale la pena resaltar que la demandante cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensional administrado por el ISS hoy COLPENSIONES un total de **147** semanas, bajo el empleador “COLEGIO PROVINMA” y “INST FEM MARIA AUXIL”, por el período comprendido entre el 04 de febrero de 1976 al 30 de noviembre del año 1979, conforme se acredita en la Historia Laboral de la actora y de la resolución SUB 44149 del 18 de febrero de 2020 (Carpeta19 – Documento02 y Carpeta01 - Documento03, respectivamente).

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

En el presente caso el Juez de instancia reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues a pesar de que ya le fue reconocida Pensión de Jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la misma se hace compatible con las 147 semanas al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

En ese orden, si bien el artículo 128 de la Constitución Política establece que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del erario público, por lo que podría pensarse en un principio que sería incompatible el reconocimiento de

la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se le reclama a COLPENSIONES en el presente asunto.

No obstante lo anterior, no puede dejarse de lado que la parte actora le fue reconocida la prestación con fundamento en el servicio público prestado por más de 20 años como docente de vinculación a la secretaría de eduación del distrito, sin embargo la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que reclama, se hace con fundamento en periodos cotizados a COLPENSIONES bajo empleadores del sector privado y no al público, tal y como se observa del reporte de semanas cotizadas en pensiones (Carpeta19 – Documento02), resaltando que si bien la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES refiere a una empresa industrial y comercial del Estado, los aportes efectuados por la demandante para financiar una eventual pensión de vejez provenían de aportes efectuados por empleadores del sector privado y no del tesoro público, tal es el caso del “COLEGIO PROVINMA” y del “INSTITUTO FEMENIMO MARIA AUXILIADORA”.

Aclarado lo anterior, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación reconocida por la Secretaria de Educación Distrital, resulta ser **compatible** con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, precisamente, nuestro órgano de cierre en la sentencia SL451 con radicado No. 41001 del 17 de julio de 2013 reiterada en decisiones CSJ SL1968-2022, CSJ SL1127-2022 y CSJ SL3775-2021, adoctrinó:

> ***“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales*** *(…).*
>
> ***En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales****, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:*
>
> > *“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(…) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual*

> *con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio,* ***es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo****."*

Bajo las anteriores consideraciones, dable resulta concluir la compatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por Secretaria de Educación del Distrito junto con la pensión de vejez o indemnización sustitutiva de ésta, en el régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, en los eventos en que no se alcanzan a reunir los requisitos exigidos por la Ley.

Ahora bien, conforme a la documental allegada al plenario la única norma que podría aplicársele a la actora para efectos de reconocimiento pensional son los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 que dispone que para acceder a la pensión de vejez, el afiliado deberá acreditar si son mujeres 57 años de edad y 1300 semanas de cotización.

Una vez verificado los documentos allegados con la demanda se acredita que la actora al momento de radicar la presente demanda contaba con **70** años de edad y un total de **147** semanas de cotización, sin que por tanto acreditara la totalidad de requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, para ser acreedora a la pensión de vejez.

Teniendo claro lo anterior, se entrará a estudiar la posibilidad de reconocerle la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 a la demandante.

Frente al tema, el art. 37 de la Ley 100 de 1993, reza:

> *"Art. 37.-* ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ****. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."*

La indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, como derecho suplementario dentro del Sistema General de Seguridad

Social en Pensiones, ha sido definido como, "*el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, para reclamar - en sustitución de dicha pensión - una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizada*[1]*"* concluyendo entonces que la demandante acreditó haber efectuado aportes al extinto ISS desde el 4 de febrero de 1976, conforme se observa del reporte de historia laboral incorporado en el expediente administrativo visto a folio en la Carpeta19 – Documento02 del plenario.

En ese orden de ideas, conforme con lo expuesto en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto: *"garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones."*

En suma, se concluye que a la demandante le son aplicables las disposiciones normativas de la ley 100 de 1993, particularmente en lo relativo a la posibilidad de solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que se procederá a **CONFIRMAR** la condena impuesta por el Juez de primera instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que conceda la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora BLANCA INÉS APONTE PATIÑO, de acuerdo con el período de duración del vínculo laboral que ató a las partes, esto es, por el período comprendido entre el 04 de febrero de 1976 al 30 de noviembre del año 1979, para un total de **147** semanas (Carpeta19 – Documento02).

Frente a la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se ha de aplicar la formula señalada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, arrojando una condena por valor de **$1.199.483**[2], conforme a la liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integral de ésta sentencia, razón por la cual se **MODIFICARÁ**

---

[1] Sentencia C-624/03. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

[2] **ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización**. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:
I = SBC x SC x PPC
Donde:

- SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.
- SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.
- PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.
A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

PARCIALMENTE el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida en primera instancia, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente la apoderada sustituta de la parte demandada recurrió la condena en costas impuestas en primera instancia.

Al respecto, la Sala debe precisar que de conformidad con al numeral 1 del artículo 365[3] del Código General del Proceso es procedente dicho pago por parte de quien resulte vencida en el proceso, que para el caso de marras, efectivamente se trata de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Por lo tanto, se desestima la inconformidad de la condena en costas impuestas en primera instancia, por la razón anotada.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora **BLANCA INÉS APONTE PATIÑO** la suma de **$1.199.438** por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: Sin **costas** en esta instancia.

---

[3] **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS**. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2019-00699-01

Bogotá D.C.; mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **DIEGO ENRIQUE GARZÓN PENAGOS**
DEMANDADOS: **CONJUNTO RESIDENCIAL MUISCA – MANZANA I PH**
ASUNTO : **RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante no presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor DIEGO ENRIQUE GARZÓN PENAGOS instauró demanda ordinaria laboral contra del CONJUNTO RESIDENCIAL MUISCA MANZANA I PH, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES Y CONDENAS:

1. Que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad, a término indefinido desde el 1 de mayo de 2011 y aún subsiste, desempeñando el cargo de administrador del conjunto demandado, y por razón de un despido

injusto culminó dicho contrato de trabajo el 1 de mayo de 2019, cuando el contrato terminaba en realidad el 30 de marzo de 2020.

2. Que el contrato de trabajo, se encuentra vigente con la demandada, y que ésta no ha dado estricto cumplimiento a los preceptos del parágrafo I del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, en razón de que no han notificado a su empleado DIEGO ENRIQUE GARZON PENAGOS, el pago de sus aportes a pensión, seguridad social y demás previstos en la Ley.

3. Que la demandada incumplió con las demás obligaciones derivadas del contrato laboral que realizaron con el actor, base y objeto de la presente demanda.

4. Condenar a las siguientes sumas de dinero:

4.1. Pago de aportes parafiscales, desde el 1 de mayo de 2011, y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia que aquí se profiera a favor del demandante.

4.2. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la Ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 12 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.3. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.4. Pago de aportes a salud, desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia.

4.5. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la Ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.6. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.7. Pago de aportes a pensión, desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia.

4.8. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la Ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.9. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.10. Pago de ARP o ARL, desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia.

4.11. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la Ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.12. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.13. Pago de las cesantías desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia que se profiera.

4.14. Pago de los intereses a las cesantías, artículo 5º Decreto 16 de 1976, a la tasa máxima permitida por la Ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.15. Pago de primas legales y extralegales, a las cuales tiene derecho, desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia.

4.16. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.17. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.18. Pago del reajuste de los salarios a los cuales tiene derecho el demandante exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.19. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.20. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.21. Pago de las vacaciones, debidamente actualizadas e indexadas, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.22. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.23. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.24. Pago de los quinquenios y demás derechos convencionales debidamente actualizados e indexados, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.25. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.26. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.27. Demás obligaciones que resulten ultra y extra petita, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.28. Pago de los intereses legales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, sobre las anteriores sumas de dinero, exigibles desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se verifique su pago.

4.29. Pago de las multas que legalmente deben ser impuestas por el no cumplimiento de la obligación legal anterior.

4.30. Que se condene a la demandada al pago de todas las indemnizaciones moratorias por no pago oportuno de cesantías, según lo establece el artículo 99 de la Ley50/1990 exigibles, desde el 1 de mayo de 2011 y hasta cuando se efectúe el pago efectivo de la sentencia que aquí se profiera a favor del demandante.

4.31. Condenar a la demandada al pago de 11 meses que la accionada adeuda al actor, por la suma de $11.729.960 hasta el día 30 de marzo de 2020.

4.32. Condene a la demandada al pago a favor del demandante de la indemnización moratoria, por despido injusto equivalentes a 30 días de salario por el año 2011 y 20 días de salario por cada uno delos años restantes.

4.33. En su defecto, se ordene al reintegro del demandante, en razón que la parte demandada no le notificó al actor, el último pago a su seguridad social y a los aportes de pensión de vejez o invalidez.

4.34. Condenar a los demandados a favor del actor, el pago de perjuicios ocasionados con motivo de los hechos materia de esta demanda, conforme lo dispone el artículo 281 del Código General del Proceso, tomando en cuenta, que los mismos, no pueden ser valorados ahora, en razón de que dichos perjuicios se seguirán ocasionando al demandante, hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia que aquí acceda a las pretensiones.

4.35. Que se condene al pago de los perjuicios morales a favor del actor, por razón del dolor, desvelo, angustia, sufrimiento, incertidumbre, amargura, ansiedad y demás padecimientos morales que sufrió el actor, reclamo por este concepto el equivalente a 100 SMLMV a la fecha del pago de la sentencia.

4.36. Que se condene a los demandados al pago de perjuicios fisiológico a favor del demandante, como perjuicios fisiológicos a favor del demandante; como perjuicios fisiológicos devenidos de ausencia del disfrute de vacaciones plenas, de impedimentos físicos y demás consecuencias fisiológicas que acarreó el incumplimiento del contrato laboral base de esta demanda al actor, reclama como perjuicios fisiológicos el equivalente a 100 SMLMV.

4.37. Que el valor de las anteriores condenas se reajuste.

4.38. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada CONJUNTO RESIDENCIAL MUISCA MANZANA I PROPIEDAD HORIZONTAL contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 14 de octubre de 2021. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la parte demandada CONJUNTO RESIDENCIAL MANZANA UNO PROPIEDAD HORIZONTAL, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante DIEGO ENRIQUE GARZÓN PENAGOS, en estos términos DECLARÓ DEMOSTRADA la excepción propuesta de no configuración o inexistencia de los elementos necesarias para declarar la existencia de un contrato de trabajo.

CONDENÓ en **COSTAS** a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el fin de que sea revocada, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda:

1. **CONTRATO**: Señala que si bien no se da una relación laboral propiamente dicha de contrato realidad, tal y como lo manifestado por el Juez de primera instancia, si tiene las características de un contrato de prestación de servicios; por lo tanto, si hay un contrato de ésta naturaleza, este proceso debió ser remitido a la Jurisdicción civil al percatarse que no tenía competencia.

   No obstante lo anterior, no se tiene certeza que el demandante hubiese incumplido sus funciones, por lo que debió manifestarse el señor Juez sobre el artículo 64 del CST, sobre la terminación del contrato de trabajo, o alguna de las causales de terminación que establece el CPT y SS.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre el señor DIEGO ENRIQUE GARZON PENAGOS y el CONJUNTO RESIDENCIAL MUISCA – MAZANA I PH, existió una relación laboral con vigencia desde el 1 de mayo de 2011 hasta el 30 de marzo de 2019. **2.** En caso afirmativo, sí proceden las condenas peticionadas en el líbelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración ".*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, el señor DIEGO ENRIQUE GARZÓN PENAGOS alega que prestó sus servicios para la accionada en una única relación laboral desde octubre de 1 de mayo de 2011 hasta el 30 de marzo de 2019, y que al finalizar la relación laboral no le canceló las prestaciones sociales ni vacaciones.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, se observa que la parte demandante allegó Contrato de prestación de servicios profesionales, suscrito entre las partes del día 3 de abril del 2018 para ejecutar por el periodo primero abril del 2018 al 30 de marzo de 2019, por valor de $1.100.000 pesos mensuales el cargo de administrador.

Carta de terminación del contrato de fecha 17 de mayo del 2019, por medio del cual se le informa al actor, que queda removido del cargo y se le da fin al contrato de prestación de servicios por presuntos incumplimientos al mismo.

Certificado de personería jurídica de la demandada. Transcripción de video de asamblea de copropietarios, del 31 de marzo de 2019, por el medio del cual se ratifica al actor como administrador. Transcripción de video de asamblea de copropietarios, del 25 de marzo de 2018.

Citación a la asamblea del 16 de marzo del 2019. Acta de asamblea de copropietarios del 26 de abril de 2019. Copia del horario de atención del conjunto residencial MUISCA de febrero de 2016, septiembre del 2017 y mayo del 2019.

Cuenta de cobro de abril de 2019, suscrita por el actor por un valor de $1.006.000 y el comprobante de egresos de marzo de 2019, por medio de la cual se le pagan los honorarios, por este valor. Cuenta de cobro de abril de 2019, suscrita por el actor $1.006.000 pesos y el comprobante de egreso por este mismo valor.

Correo del 3 de septiembre del 2018, donde se da la terminación del contrato de prestación de servicios contables al contador de la compañía y correo del 16 de mayo del año 2018 relacionado con este aspecto también.

Acta de entrega del demandante de su cargo al conjunto de fecha 17 de mayo de 2019. Salvedades de estados financieros de fecha 4 de mayo de 2019, suscritos por el contador el señor FERNANDO ARDILA FORERO.

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** del demandante, quien indicó que fue contratado como administrador del conjunto demandado, con el fin de atender a los residentes en los horarios establecidos por el mismo demandante. Indicó que tuvo horarios rotativos, incluso un tiempo atendió de 7PM a 9PM los primeros 10 días del mes, posteriormente atendió los días lunes, miércoles y viernes, luego cambió 3 días a la semana la atención de 6PM a 9PM, o a veces se cambiaba con el consejo, en horas de la mañana de 8AM a 11AM. Indicó que al finalizar la relación los turnos ya no eran rotativos, sino que por el contrario, eran fijos de 7AM a 4PM. Que la administración, nunca le negó un cambio de horario. Que los aportes eran obligación del contratista. Que el contrato lo terminó el conjunto demandado por que un grupo del consejo estaba en contra del demandante, pues en un término de 15 días aproximadamente tuvieron la intensión de sacarlo, pues si bien le hicieron unas exigencias y al explicar porque no accedería, no fueron aceptados, decían que estos argumentos no eran válidos.

Por otro lado, se recibió el **interrogatorio de parte** al representante legal de la demandada, quien indicó que, lleva 2 años como administrador, que efectivamente el demandante fue ratificado en su cargo. Que no es cierto que quien tuviera la potestad de terminar el contrato del actor fuera la asamblea únicamente, pues por regla general, el consejo de administración debe contratar por prestación de servicios al administrador o la asamblea. Que la asamblea hace requerimientos para que el consejo de cumplimiento con lo estipulado en la propiedad horizontal. Que

en un momento se encontraron hallazgos e irregularidades llevadas en contabilidad. Que el contrato de prestación de servicios da la libertad que el administrador asista en los horarios que considere pertinentes, y que era el demandante quien cambiaba los horarios, dependiendo los horarios que tenía en la empresa en que se encontraba trabajando como empleado.

Se recibió testimonio de la señora **MARIA PIEDAD CASTAÑEDA VAZQUES**, quien manifestó ser propietaria de un apartamento del conjunto demandado y al mismo tiempo ser parte del consejo de administración, razón por la cual conoce al demandante por ser el administrador del conjunto, quien fue contratado mediante contrato de prestación de servicios, por lo que no se le exigía el cumplimiento de un horario, sino que por el contrario se debía ajustar al horario que el actor imponía. Que el demandante le manifestó que trabajaba con la empresa PROTELA y tenía unos turnos, por eso tocada decirles los ratos libres a la copropiedad. Que el demandante administraba otro conjunto que quedaba en la localidad de Engativá. Que nunca hizo aportes a Seguridad Social por cuanto ya cotizaba a través de la empresa donde laboraba. Que el demandante mostró negligencia administrativa y descuido, convocando a una asamblea extraordinaria, rehusándose a cumplir un mandato del consejo, no asistió a una diligencia que debía asistir en nombre de la copropiedad con la empresa Vigilancia Gunter. Tampoco asistió a un requerimiento de la Alcaldía de un parque de la copropiedad. Desconoció la instrucción de recibir dinero en efectivo, máxime cuando estaba prohibido recibirlo, no entregó los soportes de los residentes de alguno de los pagos. Que no gestionó la recuperación de cartera.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **JHON JAIME MONTENEGRO**, quien indicó ser copropietario del conjunto, que también hace parte del consejo de administración, conoció al demandante por ser el administrador del conjunto, el cual estuvo vinculado siempre mediante contrato de prestación de servicios. Que el demandante iba a atender a los residentes dos o tres veces a la semana, nunca se le exigió un horario, pues dependía del horario que tenía en PROTELA, y porque además tenía la administración de otro conjunto. Que en el año 2019 porque hizo caso omiso a varios requerimientos del consejo, aunado a múltiples quejas por no hacer el adecuado mantenimiento de las bombas de agua, mal mantenimiento de las terrazas e incumplimientos administrativos; así como hallazgos a nivel financiero.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora **LUZ MARINA CORTÉS SEGURA** quien dice que le consta que el señor demandante tuvo un contrato de cerca de cuatro a cinco años, que cumplió cabalmente con sus funciones como

administrador, que en el conjunto hay muchas personas que ni hacen, ni dejan hacer, que da fe que no se apropió de sus recursos que ella pagaba por concepto de administración. Que el demandante publicaba los horarios en los que atendía.

Ahora bien, es importante resaltar que el *artículo 167 del CGP* aplicable por analogía en materia laboral, según remisión que hace el *artículo 145 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social*, es claro en establecer que las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que indican en su favor.

En materia probatoria, es principio universal que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, la carga de la prueba es el interés en realizar dentro del proceso determinada actividad tendiente a demostrar los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, al igual que los hechos que el demandado basa su defensa, conducta en que se debe observar celosamente quién tiene la obligación de desplegar tal actividad probatoria.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta las pruebas antes recaudadas, encuentra el Despacho que si bien la parte actora logró acreditar la prestación personal del servicio para el conjunto demandado, en este orden, y conforme la jurisprudencia anteriormente señala, se activo a favor del actor la presunción del contrato de trabajo establecido en el artículo 24 del CST.

No obstante lo anterior, se observa que la demandada desvirtuó el elemento de subordinación, pues el mismo demandante fue claro al indicar que tenía la autonomía en establecer su horario de trabajo, que incluso lo hacía en los tiempos libres de su trabajo, teniendo en cuenta que tenía un vínculo laboral con una empresa PROTELA, incluso un pequeño periodo estuvo también como administrador en otro conjunto residencial de Engativá.

Así pues, de la documental allegada el contrato de prestación de servicios le dejaba la posibilidad al actor de atender a los copropietarios de la demandada en el horario que éste indicara, así como el formulario de afiliación da cuenta que el actor laboraba para otra empresa ajena al presente asunto.

En ese orden de ideas, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que si bien existe una presunción en el Art. 24 del CST, el cual activa a su favor la inversión de la carga de la prueba a cargo de la demandada para que desvirtúe el elemento de subordinación, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de

reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL249 Rad. 61373 del 6 de febrero de 2019, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

> *Al respecto, recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem,* ***ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias****, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. Ello en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo, tal como acontece en el sub lite.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, y al tener desvirtuada la subordinación por parte de la demandada, y con ello la presunción legal, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2011 y el 30 de marzo de 2019, lapso por el cual se incoó la presente demanda; y que por el contrario, se logró demostrar con claridad la autonomía en ejecutar el contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues se reitera, la subordinación fue desvirtuada por la accionada.

En lo que respecta al argumento expuesto por el apelante, si el Juzgado conocía si la presente demanda eran competencia de la Jurisdicción Civil porque no declaró su incompetencia y remitió el expediente al que si consideraba competente, vale la pena señalar que, si bien el Juez es el conductor del proceso, lo cierto es que no es el Juzgado el que debe re direccionar un proceso, cuando las pretensiones de las mismas no varían, pues nótese que la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda van dirigidas a la declaratoria de la existencia de un contrato realidad, y esto, de conformidad con el artículo 2 del CPT y SS, es competencia la Jurisdicción Ordinaria Laboral, pues no se trata de pretender unas obligaciones a la luz de un contrato civil, y en tal sentido era el apoderado del demandante quien debía redactar la demanda para que fuera competencia la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Civil, aunado a que debía ser quien lo radicara ante dicha Jurisdicción, y no

achacarle su omisión al Juzgado de instancia, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas del apelante.

Finalmente, respecto de la manifestación realizada por el apelante, en cuanto que el Juez de instancia no se pronunció sobre la terminación del contrato de trabajo, ni la aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 64 del CST, ha de precisar que en el presente caso no se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, razón por la cual, no habrá lugar a estudiar causal alguna de terminación del contrato de trabajo, razón por la cual se despacha desfavorablemente su súplica.

Bastan las anteriores consideraciones para, **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Enlace expediente digital: 15-2019-00699-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 021-2021-00376-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ADALBERTO CASTRO SANTANA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante y la apoderada sustituta de la parte demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece a folios 4 a 5 del expediente digital - Documento 01, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas y Condenatorias Principales:

1. Se declare que en el caso del señor ADALBERTO CASTRO SANTANA, debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, sobre el Parágrafo Cuarto del Acto Legislativo 01 de 2005.
2. Se declare que el demandante, ADALBERTO CASTRO SANTANA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a la luz del Régimen de Transición, contenido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

y, por ende, a que se le aplique el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, a partir del diez (10) de marzo de 2018.

3. Se declare que el demandante, tiene derecho a que se le pague el retroactivo pensional, a partir del diez (10) de marzo de 2018 y hasta el once (11) de diciembre de 2019, teniendo como cuantía inicial de pensión, el valor de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($9.681.237).
4. Se declare que el demandante, tiene derecho a que se reliquide su mesada pensional, con una tasa de reemplazo del noventa por ciento (90%), sobre el Ingreso Base de Liquidación, en cuantía inicial, a partir del diez (10) de marzo de 2018, de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($9.681.237).
5. Se condene a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar el retroactivo que se genere, producto de la correcta aplicación de la tasa de reemplazo del noventa por ciento (90%) sobre el Ingreso Base de Liquidación.
6. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al pago a favor de mi poderdante de los intereses moratorios consagrados en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
7. Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que el pago de cada una de las diferencias de las mesadas pensionales que se adeudan se traiga a valor presente, mes a mes, desde el momento en que ha debido pagarse y hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación, teniendo en cuenta para ello el IPC certificado por el DANE para cada uno de los periodos, según corresponda.
8. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al pago de las agencias en derecho y las costas del presente proceso.
9. Sírvase señor Juez fallar Ultra y Extra petita las pretensiones de esta demanda.

Declarativas y Condenatorias Subsidiarias:

1. Que se declare que el señor ADALBERTO CASTRO SANTANA, tiene derecho a la prestación pensional de vejez, de conformidad con el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003, con una TASA DE REEMPLAZO DEL 80% sobre el Ingreso Base de Liquidación.
2. Que se declare que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para efectos de establecer el monto de la pensión de vejez, debe dar aplicación al Artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

3. Que se declare que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al momento de liquidar la prestación a que tiene derecho mi mandante, incurrió en errores aritméticos que llevaron a establecer de manera INCORRECTA la Tasa de Reemplazo que legalmente corresponde, y por ende a FIJAR equivocadamente el valor de la pensión de vejez, situándola por debajo del valor que legalmente corresponde.

4. Que se declare que la TASA DE REEMPLAZO que corresponde aplicar a la pensión de vejez del señor ADALBERTO CASTRO SANTANA, equivale al 80%, atendiendo las semanas adicionales a las 1300 que fueron cotizadas por el afiliado y que según lo establecido en el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, le permiten acceder a un porcentaje adicional.

5. Que se declare que el valor de la pensión de mi mandante, equivale a la suma mensual de OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE ($8.605.544,80) a partir del doce (12) de diciembre de 2019.

6. Que se declare que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, le adeuda a mi mandante, el retroactivo pensional causado por la diferencia existente entre la pensión reconocida y la pensión que ha debido reconocerse.

7. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al reajuste la pensión de vejez reconocida a mi poderdante, teniendo en cuenta la TASA DE REEMPLAZO DEL 80%, desde el doce (12) de diciembre de 2019, en cuantía de OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE ($8.605.544,80).

8. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al reconocimiento y pago a favor de mi poderdante, a partir del doce (12) de diciembre de 2019, de las diferencias de las mesadas pensionales y de la adicional de cada año, con sus respectivos ajustes legales, diferencia que resulta una vez se liquide la pensión en la forma solicitada.

9. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al pago a favor de mi poderdante de los intereses moratorios consagrados en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

10. Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que el pago de cada una de las diferencias de las mesadas pensionales que se adeudan se traiga a valor presente, mes a mes, desde el momento en que ha debido pagarse y hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación, teniendo en cuenta para ello el IPC certificado por el DANE para cada uno de los periodos, según corresponda.

11. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al pago de las agencias en derecho y las costas del presente proceso.

12. Sírvase señor Juez fallar Ultra y Extra petita las pretensiones de esta demanda.

COLPENSIONES contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestó frente a las pretensiones principales que las condiciones particulares del actor no se encuentran dentro de las causas sobre las que resulta procedente la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional y en lo concerniente a las pretensiones subsidiarias señaló que bajo los lineamientos establecidos por los artículos 33, 21 y 34 de la Ley 100, modificados por la Ley 797 de 2003, la tasa de reemplazo efectuada al actor se encuentra acorde a la densidad de semanas efectivamente cotizadas en el RPM. Propuso las excepciones de mérito que denomino: inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Documento 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** profirió sentencia el 16 de agosto de 2022 (Documento 18 a 19), en el siguiente sentido:

> "**PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción de Inexistencia del derecho reclamado y Cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES.
>
> **SEGUNDO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **ADALBERTO CASTRO SANTANA**.
>
> **TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de **COLPENSIONES**. En su liquidación debe incluirse la suma de $500.000 como agencias en Derecho.
>
> **CUARTO:** En caso de no ser apelada, consúltese la presente sentencia por resultar adversa al demandante."

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia única y exclusivamente frente a las pretensiones **subsidiarias,** así:

1. **TASA DE REEMPLAZO**: Señala que la tasa de reemplazo no corresponde a la determinada ni por Colpensiones ni por la Juez de primera instancia, por cuanto la misma corresponde al 80% al tener en cuenta las 2.228 semanas de cotización y no solamente las primeras 1.800, en el entendido de que no existe restricción alguna para acceder a dicho porcentaje, a partir de los incrementos de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las 1.300, sin un límite del 15% como tasa de reemplazo adicional, lo anterior a efectos de que se re-liquide la tasa de reemplazo que debe ser aplicada.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente re-liquidar la mesada pensional del actor con una tasa de reemplazo del 80%.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero indicar que no constituye objeto de controversia que **COLPENSIONES** le reconoció pensión de vejez al señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** mediante **Resolución No. SUB-133160 del 23 de junio de 2020** a partir del 12 de diciembre de 2019, con un IBL de $10.756.931, aplicando el 74.01% de tasa de reemplazo, en cuantía inicial de $7.961.205, en aplicación de la Ley 797 de 2003 (Pág. 17 a 29, documento 12).

RELIQUIDACIÓN TASA DE REEMPLAZO:

Solicita el recurrente la re-liquidación del monto de la mesada pensional, en aplicación al tope máximo permitido por la Ley, esto es, el 80% de tasa de reemplazo, en virtud de haber cotizado 2.228 semanas, precisando que la mesada pensional para el año 2019 corresponde a la suma de $8.605.544,80.

En relación con la cuantía de la pensión, la misma deberá calcularse de conformidad con lo dispuesto en el Art. 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el Art. 10 de la ley 797 de 2003, que señala:

> *"El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*
>
> *El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*
>
> *A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*
>
> *r = 65.50 - 0.50 s, donde:*
>
> *r =porcentaje del ingreso de liquidación.*
>
> *s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. (…).*
>
> ***A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.*** *".*

Así las cosas, tenemos, que son dos los elementos estructurales para establecer el momento de la pensión de vejez: ***(i)*** a través de una fórmula decreciente para calcular la tasa de reemplazo, y ***(ii)*** con un incremento de esa tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas hasta llegar a un monto máximo de pensión del 80% del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingresos, calculado con base en la misma fórmula.

Destacándose, frente a este último, que el artículo de forma expresa indica en que "*El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación",* no obstante, sin indicar el número de semanas necesarias para alcanzar ese monto. Frente, a este punto, recientemente la Corte Suprema de Justicia determino en la sentencia SL-3501/2022[1], que la intención del legislador al otorgar la posibilidad de aumentar el valor de la mesada había sido la de incentivar el trabajo productivo con el único tope que existe consistente en que no puede haber pensiones mayores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes y no restringir el número de semanas necesario para alcanzar su monto máximo, por lo que no existe razón alguna para que se excluyan semanas cotizadas posteriores a las primeras 500 adicionales a las necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión.

Así las cosas, al aplicar la fórmula R = 65.5 – 0.5s, donde "R" es el porcentaje del ingreso de liquidación a aplicar y "S" es el número de salarios mínimos mensuales legales vigentes, promediado con el IBL que no fue motivo de inconformidad por el recurrente en la suma de **$10.756.931**, que se estableció en la **Resolución No. SUB-133160 del 23 de junio de 2020** (Pág. 17 a 29, documento 12), el cual se divide por el salario mínimo para el año 2019 ($828.116), lo que arroja un **12.9** de salarios mínimos legales mensuales vigentes que al multiplicar por 0.50s nos indica el valor de **6.45.**

Ahora, al restarle de 65.50 los 6.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes arroja un porcentaje de ingreso de liquidación de **59**.

---

[1] *(…) La fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV*.

No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo."

Por otro lado, el artículo 34 indicó además que por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas incrementaría el ingreso base en 1.5%, así pues y de acuerdo la **Resolución No. SUB-133160 del 23 de junio de 2020**, relaciona que la prestación fue reconocida con fundamento en un total de **2.226** semanas cotizadas, luego el actor cotizó **926** semanas adicionales a las 1300 mínimas requeridas.

Así pues, es procedente aumentar 27% adicional al 59% que arrojó inicialmente, por lo que se establece un monto final de **86%**, sin embargo, como quiera que el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, será procedente aplicar el tope máximo permitido, esto es, el 80%, al IBL que se reitera, no es motivo de discusión.

Así pues, se procedió a realizar el cálculo de las diferencias pensionales con apoyo al Grupo Liquidador, liquidación que hace parte integrante de esta decisión, la cual arroja como primera mesada pensional la suma de **$8.605.545** a partir del 12 de diciembre de 2019, resultando **SUPERIOR** a la otorgada por Colpensiones mediante **Resolución No. SUB-133160 del 23 de junio de 2020**, en la suma de **$7.961.205** para el año 2019.

En suma, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** que el señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** tiene derecho a la re-liquidación de la mesada pensiona, en la suma de **$8.605.545** a partir del 12 de diciembre de 2019.

Debe resaltarse también que esta liquidación incorporó la actualización de cada uno de los salarios cotizados por el demandante conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, y tal como lo ordena el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta lo anterior, se **CONDENARÁ** a Colpensiones a pagar al señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** la suma de **$31.328.542,47** por concepto de diferencias en el retroactivo pensional, liquidado desde el 12 de diciembre de 2019, con corte al 31 de mayo de 2023, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

Finalmente, con relación a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida mediante acto administrativo proferido el 23 de junio de 2020 (Pág. 17 a 29, documento 12); que la parte demandante presentó reclamación administrativa el día 22 de marzo de

2018 (Pág. 25 a 29, documento 01), y radicó la presente demanda el día 27 de julio de 2021, tal y como consta en el acta de reparto visible en documento 02, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que el señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** tiene derecho a la re-liquidación de la mesada pensional, en la suma de **$8.605.545** a partir del 12 de diciembre de 2019, cuya mesada pensional para el año 2023, corresponde a la suma de **$10.844.206.**

SEGUNDO: **CONDENAR** a Colpensiones a pagar al señor **ADALBERTO CASTRO SANTANA** la suma de **$31.328.542,47** por concepto de diferencias en el retroactivo pensional, liquidado desde el 12 de diciembre de 2019, con corte al 31 de mayo de 2023, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: 11001310502120210037601

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Ponente

Radicación No. 28-2020-00105-01

Bogotá D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FABIAN ANTONIO PARDO SOLANO**
DEMANDADO: **TRANSPORTES GALAXIA S.A – TRANSGALAXIA SA**
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 08 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **FABIAN ANTONIO PARDO SOLANO** presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad **TRANSPORTES GALAXIA S.A**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de horas extras diurnas y nocturnas laboradas durante toda la relación laboral.
2) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de trabajo dominical de toda la relación laboral.
3) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de trabajo en días festivos de toda la relación laboral.

4) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de cesantías (saldos) causadas entre enero 1 de 2016 y diciembre 31 de 2016.

5) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de cesantías (saldos) causadas entre enero 1 de 2017 y diciembre 31 de 2017.

6) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de cesantías (saldos) causadas entre enero 1 de 2018 y diciembre 31 de 2018.

7) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de cesantías (saldos) causadas entre enero 1 de 2019 y 4 de marzo de 2019.

8) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de intereses a las cesantías (saldos) causadas a 31 de diciembre de 2016.

9) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de intereses a las cesantías (saldos) causadas a 31 de diciembre de 2017.

10) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de intereses a las cesantías (saldos) causadas a 31 de diciembre de 2018.

11) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de intereses a las cesantías (saldos) causadas a 4 de marzo de 2019.

12) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a junio de 2016.

13) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a diciembre de 2016.

14) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a junio de 2017.

15) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a diciembre de 2017.

16) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a junio de 2018.

17) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios (saldos) causadas a diciembre de 2018.

18) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de prima de servicios proporcional (saldos) causada entre enero 1 de 2019 y marzo 4 de 2019.

19) Que la demandada pague al actor las sumas adeudadas por concepto de compensación de vacaciones en dinero (saldo) adeudadas a la terminación del contrato de trabajo.

20) Que la demandada pague directamente al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante, las sumas correspondientes a los aportes en pensiones (saldos), teniendo en cuenta la diferencia entre los efectivamente cancelados y los que debieron realizarse durante la relación laboral, con base en el verdadero salario devengado por el actor.

21) Que la demandada pague al actor la indemnización moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación en el

fondo de cesantías el 14 de febrero de 2017 de la totalidad de las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2016.

22) Que la demandada pague al actor la indemnización moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación en el fondo de cesantías el 14 de febrero de 2017 de la totalidad de las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2017.

23) Que la demandada pague al actor la indemnización moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación en el fondo de cesantías el 14 de febrero de 2017 de la totalidad de las cesantías causadas a 31 de diciembre de 2018.

24) Que la demandada pague al actor la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST hasta cuando se cancelen todos los salarios y prestaciones sociales adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

25) Que las sumas a que sea condenada la demandada, deben ser indexadas a partir de la fecha en que cada una de las obligaciones se haya hecho exigible.

26) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 26 de febrero de 2021 se dio por no contestada la demanda por parte de TRANSPORTES GALAXIA SA.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de marzo de 2022, **ABSOLVIÓ** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la sociedad TRANSGALAXIA SA por parte del señor FABIAN ANTONIO PARDO SOLANO.

Sin **costas** en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **HORAS EXTRAS**: Solicita se revoque totalmente la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas, teniendo en cuenta que, junto con la demanda fueron aportadas las planillas que demuestran los servicios que el demandante prestó como conductor, y que determinan el número de días exactos en que esos servicios se dieron y las horas en que iniciaba y terminaba la jornada.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte, el propio representante legal de la demandada reconoció que se había producido trabajo dominical, y que se utilizaban las planillas para el control de los servicios prestados por el demandante.

Conforme la totalidad de la prueba aportada al plenario, se puede establecer que el demandante si laboró determinados dominicales, los cuales están relacionados en las planillas con lo cual queda acreditada la prestación del servicio en dominicales y festivos, lo que conlleva a reliquidar las prestaciones y le pago de indemnizaciones moratorias solicitadas.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO

Para la Sala, el **problema jurídico** que se contrae en determinar es si se acredita el trabajo suplementario reclamado durante la vigencia del contrato de trabajo, que dé lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales del trabajador e indemnizaciones reclamadas en la demanda.

CONTRATO DE TRABAJO:

Inicialmente debe anotarse que no fue objeto de inconformidad por las partes la existencia de la existencia de un vínculo laboral, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo inicio el 13 de diciembre de 2008 al 4 de marzo de 2019, desempeñando el demandante el cargo de CONDUCTOR, pues así fue aceptado por el representante legal de la demandada y se desprende del contrato suscrito entre las partes y la certificación laboral emitida por la demandada visibles a folios 31 a 34 del informativo.

HORAS EXTRAS

Para el recurrente con el material probatorio allegado al plenario se acreditaba el trabajo nocturno, dominical y festivo desempeñado por el trabajador, el cual tiene sustento con las planillas de control del recorrido del vehículo a través del sistema del GPS de horarios recorridos diarios aportados junto con la demanda, documentos que resultaban suficientes para establecer el trabajo nocturno realizado y el derecho a los

recargos, emolumentos que debían ser tenido en cuenta para la base de liquidación de prestaciones e indemnizaciones.

Al respecto, vale la pena traer a colación el artículo 159 del CST que establece:

> ***ARTICULO 159. TRABAJO SUPLEMENTARIO.*** *Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.*

Para resolver lo planteado, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En el caso bajo estudio, de acuerdo al material probatorio recaudado, no es posible determinar que el demandante laboraba en una jornada superior a la legal de conformidad con lo previsto en el artículo 161 del CST, por tanto, no resultaría procedente el pago del trabajo suplementario reclamado.

Pues contrario a lo afirmado por el recurrente de las planillas del recorrido del vehículo no se logra establecer de forma clara, precisa e inequívoca el número de días y horas trabajadas, en tanto, tales documentos solo relacionan de forma general el horario de trabajo, lo que impediría determinar que efectivamente hubiese prestado sus servicios durante una jornada superior a la legal en las fechas relacionadas en el escrito de demanda.

Aunado a lo anterior, al analizar las planillas de ruta que obran a folios 33 a 304 del expediente, no existe un reporte por parte del despachador de la empresa, precisando que, si bien la demandada no desconoció la existencia de dichos documentos, lo cierto es no contienen un sello de registro de la empresa demandada, tan solo una firma que se desconoce quien suscribió dichas planillas.

Lo anterior tiene especial relevancia por cuanto la relación de los hechos de la demanda, esto es, en los consignados en los numerales 24 a 93, nada afirma sobre horas extras diurnas y nocturnas, tan solo se hace una afirmación de un número total de horas extras nocturnas presuntamente laboradas por el actor, sin que dicha

afirmación tenga sustento probatorio con las planillas de control, pues se reitera, no tienen sello por parte del despachador de la empresa demandada, sin que sea posible deducir de dicha documental los valores que presuntamente se le adeudan al actor, máxime si se tiene en cuenta que el representante legal de la sociedad demandada negó que el demandante hubiese prestado su servicio en tiempo extra, situación que obliga a la parte demandante desplegar una actividad probatoria más allá de su dicho, en el sentido de acreditar efectivamente que la prestación del servicio del actor superó el mínimo legal, sin precisar en debida forma cuales fueron esas horas extras diurnas y nocturnas que eventualmente trabajó, situación que no sucedió en el presente asunto.

Ahora bien, señala el apelante que, en el interrogatorio de parte, el propio representante legal de la demandada reconoció que se había producido trabajo dominical, y que se utilizaban las planillas para el control de los servicios prestados por el demandante, sin embargo, ocurre lo mismo que se ha venido exponiendo, como quiera que, si bien pudo trabajar algunos domingos, no se tiene certeza que domingos laboró, aunado al hecho que en el relato de los hechos indicó la parte demandante que algunos domingos descansaba, por lo que nuevamente, se concluye que no se tiene con certeza de los dominicales trabajaba, ni de su horario, sin que le sea dable al operador judicial inferir o concluir los días u horarios de más laborados.

Así pues, en el evento en que de las mencionadas planillas no quedara asomo de duda de la prestación del servicio por parte del demandante, conforme el itinerario reflejado en cada una de ellas, lo cierto es que, se observan diferentes inconsistencias entre lo afirmado en los hechos de la demanda y aquellas, que no permiten llegar a un convencimiento total de su causación, en tanto que la exigencia de las mismas debe ser exactas y concretas, situación que no ocurre en el presente asunto, en tanto que ni siquiera se indica cuales horas extras fueron diurnas y cuales nocturnas, simplemente se limita a precisar que laboró 16.05 horas diarias y que 8.5 de éstas lo eran extras, sin discriminarlas.

En suma, no se puede partir de suposiciones, o simplemente hacer aproximaciones en procura de establecer la cantidad de horas extras diurnas y nocturnas presuntamente laboró el demandante, aunado al hecho de la falta de nitidez de las copias de las planillas aportadas.

De esta manera, para que se produzca la declaración judicial de trabajo realizado en tiempo suplementario y ordenar su remuneración, no basta con alegar su existencia, como en este caso ocurre, pues de vieja data y de manera reiterada ha indicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que *“Aquí, es importante recordar,*

que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas." (Sentencia de 22 de junio de 2016, Radicación Nro. 452031). En este orden de ideas le asiste razón al juez de instancia al absolver a la convocada a juicio de la pretensión incoada.

En ese orden de ideas, no es posible determinar con exactitud que el demandante laborara horas extras, ni se logró establecer la jornada en que prestaba sus servicios, lo que impediría determinar que efectivamente hubiese laborado durante una jornada superior a la legal en las fechas relacionadas en la demanda, razón por la cual no resultaría procedente el pago del trabajo suplementario reclamado.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en correspondencia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la carga de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones[1]. (Sentencia STL219-2019)

COSTAS.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el 4 de marzo de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

[1] Sentencia STL2019, radicación 61373 del 6 de febrero de 2019.
"Al respecto, recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. Ello en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo, tal como acontece en el sub lite».

SEGUNDO: COSTAS Sin costas en la instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: 11001310502820200010501